

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



Extinção do Posto de Trabalho
pelo Administrador de Insolvência

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito e Prática Jurídica, na especialidade em Direito de Empresas, sob orientação da Exmo. Professor Rui Pinto

Emma-Lynn Garcia Gonçalves

2019

Lista de Abreviaturas	4
Abstract	6
1. Introdução	8
1.1. Notas históricas da Evolução da Insolvência	12
1.2. O administrador de insolvência	14
2. Despedimento de Colaboradores Dispensáveis	18
2.1 A Caducidade dos Contratos de Trabalho	21
2.2 Despedimento dos Trabalhadores Dispensáveis	31
2.3 O Administrador judicial de Insolvência e o Despedimento de trabalhadores	41
3. A solução apresentada no Regime Espanhol - “Ley Concursal”	43
4. Faculdade de contratar novos trabalhadores	54
5. Medidas laborais em sede de pré-insolvência	58
5.1 Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas	60
5.2 Processo Especial de Recuperação (PER)	62
5.3 Processo Especial para Acordo de Pagamentos (PEAP)	64
6. Fundo de Garantia Salarial (FGS)	65
7. Transmissão da Empresa	66
8. Conclusão	70
Bibliografia	74

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo apoio incondicional, paciência e compreensão.

Ao António, que tanto me ajudou para que fosse possível entregar a dissertação, pelos valores que me transmitiu e por ser uma das pessoas mais importantes da minha vida.

Ao professor Carlos Nunes, por todos os ensinamentos e pela força que transmitiu.

Ao professor Rui Pinto, por me ter orientado nesta fase, e todos o conhecimentos que transmitiu.

Ao João e ao Victor por toda a ajuda e dedicação.

Lista de Abreviaturas

Al. - alínea

Ac. - Acórdão

Art.º/Art.ºs - Artigo / Artigos

CC - Código Civil

CE - Comissão Europeia

Cfr. - Confrontar / Conforme

CIRE - Código das Insolvências e Recuperação de Empresas

CT - Código do Trabalho

CPC - Código do Processo Civil

CPEREF - Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresas e Falência

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

Ed. - Edição

E.g. - Por exemplo, “Exempli Gratia”

FGS - Fundo de Garantia Salarial

i.e. - isto é

LCCT – Lei da Cessação do Contrato de Trabalho

LCT – Lei do Contrato de Trabalho

n.º/n.ºs - número / números

ob. Cit - Obra citada

p. /pp. ou pps. - página / páginas

PEAP - Processo Especial para Acordo de Pagamento

PER - Procedimento Especial de Recuperação

Proc. - Processo

RERE - Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

RMMG - Retribuição Mínima Mensal Garantida

Ss. - seguintes

SS - Segurança Social

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TR - Tribunal da Relação

Vol. - Volume

Abstract

Resumo:

A presente tese tem como propósito o aprofundamento da análise do instituto da insolvência quanto à possibilidade, ou não, de extinção do posto de trabalho pelo administrador de insolvência. Cabe analisar o instituto, as divergências doutrinárias existentes e jurisprudência para poder chegar a uma conclusão sobre esta questão.

Todas as questões insolvenciais atingiram fortemente o nosso país aquando da crise económica que teve o seu início em 2007. A partir desse ano, vários negócios sofreram graves perturbações e, muitos, tiveram de encerrar a sua atividade. Nesse sentido, existiram questões laborais que se colocaram, tais como saber que efeitos se produzem nos contratos de trabalho e, bem assim, quais as garantias que existem no momento da insolvência.

No Instituto da Insolvência, o devedor, em geral, já tem acumuladas dívidas e nem sempre consegue chegar a um acordo de pagamento, o que inviabiliza qualquer tentativa de reestruturação do negócio, o que resulta no encerramento de estabelecimentos estáveis e na cessação de relações contratuais com os trabalhadores. De qualquer forma, durante todo o processo de insolvência, surge a figura do administrador de insolvência, que é o órgão essencial na gestão da empresa e, também, em todo o seu fim liquidatório.

Durante o processo de insolvência, cabe ao administrador da insolvência decidir em prol da massa insolvente, sendo que pode deparar-se com situações difíceis como, por exemplo, a feitura da seleção de funcionários que podem, ou não, manter-se na empresa ou, até, ter de determinar a inviabilidade absoluta da empresa no mercado, tendo de proceder ao despedimento de todos os funcionários da atividade.

Assim, esta tese pretende ajudar a determinar de que forma ocorre a extinção destes contratos de trabalho e os requisitos aos quais o administrador da insolvência deve obedecer.

Palavras-Chave: Insolvência; administrador de insolvência; Trabalhadores; Direito do Trabalho; Extinção do Contrato de Trabalho.

Abstract:

This thesis aims to deepen the analysis of the insolvency institute regarding the extinction of the job by the insolvency administrator. It is appropriate to examine the institute, existing doctrinal differences and jurisprudence in order to reach a conclusion on this issue.

All insolvency issues hit our country heavily when it was hit by the economic crisis, which began in 2007, as from that year several branches saw their businesses suffer serious disturbances and, in some cases, even shut down.

In this sense there were labor issues to be posed, such as what effects were produced in employment contracts and what are the guarantees that exist at the time of insolvency.

In the insolvency institute, the debtor by default has already accumulated a series of debts and is not always able to reach a payment agreement, which makes any attempt of restructuring impossible, forcing it to terminate the normal functioning and to cease in many cases the contractual relationship with their employees.

In any case, during the entire insolvency process, the insolvency administrator appears, and becomes an essential organ in the management of the company and throughout its liquidation purpose.

During insolvency proceedings, it is up to the insolvency administrator to decide in favor of the insolvent estate, and consequently he may face difficult situations such as having to make a selection of employees who can or should remain in the company, or even having to determine the absolute impossibility of existence for that company in the market, having to proceed to the dismissal of all the employees of the activity.

In this sense, this thesis will help to determine how the termination of these employment contracts occurs and the requirements to which the insolvency administrator must obey.

Keywords: Bankruptcy, Labour Law, Workers, Bankruptcy administrator.

1. Introdução

A Insolvência, em geral, é um fenómeno com características epidémicas.

Os termos jurídicos adotados pelo legislador, e a própria legislação, foram sofrendo alterações no instituto da insolvência, que resultaram das necessidades provocadas pelas diversas crises económicas que afetaram o país.

Ao existir uma crise económica, verifica-se que muitos são os estabelecimentos que vêm a sua viabilidade económica ser afetada, ou seja, muitos deles acabam por perder a liquidez que tinham nos seus melhores anos e, por isso, por vezes é necessário tomar a decisão de realizar reestruturações importantes no funcionamento dos mesmos ou, em situações mais complicadas do ponto de vista económico, proceder à sua insolvência.

Etimologicamente, “insolvência” significa o inverso de solvência. A palavra em si, provém do termo em latim *solver*, que, por si, significa desatar, livrar, pagar, resolver¹. A insolvência, durante muito tempo, foi conhecida como a “falência”, mas este termo era exclusivo dos comerciantes, ou seja, pessoas singulares que não tinham como invocar a “falência pessoal”². Assim, nos casos em que os problemas de solvência eram de pessoas singulares, o termo utilizado era o de “insolvência”, pelo que a alteração do Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas³, Decreto-Lei 53/2004 de 18 de Março, ocorrida em 2004, foi uma forma de simplificar e unir estes dois termos, que retratavam em si a mesma realidade. Esta alteração veio ainda fazer mais sentido uma vez que a falência era responsabilidade única da pessoa que se encontrava falida mas, o facto de se estar falido não significava que o mesmo estivesse insolvente⁴.

¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em *Introdução ao Direito da Insolvência*, em O Direito 137º (2005), III, 465-506 (467) e Manual de Direito comercial, 2ª ed., Coimbra, Almeida, 2007, p.409.

² Com a nascimento do CIRE nasceu a figura de <<exoneração do passivo restante>> o qual é possível tratar da insolvência de uma pessoa singular, vem previsto no artigo 239º do CIRE e o seu enquadramento legal difere da insolvência das empresas.

Na exoneração do passivo restante o que se visa é um “*fresh-start*” do devedor, a qual ao fim de um determinado período de tempo, estipulado em 5 anos, o qual pode ver-se livre, de algumas, das suas dívidas por si contraídas e começar do zero.

³ CIRE daqui em diante.

⁴ OLIVEIRA, JOAO, em <http://www.re-activar.pt/conhecimento/falencia-e-insolvencia/>

JOÃO PAULO MARQUES DE OLIVEIRA⁵ distingue assim os dois termos: 1. A insolvência é um estado em que a pessoa ou a empresa não consegue cumprir reiteradamente as suas obrigações, habitualmente os seus pagamentos; 2. A falência é um estado em que o devedor é responsável por mais dívidas do que a quantidade de bens que possui. Uma empresa ou pessoa falida não estão automaticamente insolventes.

A insolvência traduz-se numa dificuldade geral de uma empresa, ou pessoa singular, fazerem face às suas obrigações⁶. Até a sua declaração, pode ter-se verificado apenas uma situação económica difícil⁷.

Neste caso, verificando-se uma situação económica difícil, o devedor deixa de conseguir realizar pagamentos, de uma ou mais obrigações, por ausência de liquidez, até chegar ao ponto em que existe uma impossibilidade, real e imediata, de cumprimento de todas, ou até, quaisquer obrigações.

Há que considerar também que, por vezes, o devedor (quando ainda não insolvente) pode encontrar-se numa situação em que reconhece estar a passar por um momento difícil, não querendo no entanto admiti-lo, seja por uma questão de orgulho pessoal ou até por falta de conhecimento da situação.

Este desconhecimento é uma situação mais frequente em pequenas empresas, nas quais a informação de gestão não é analisada adequada e regularmente pelos principais responsáveis, apesar destes não poderem vir a alegar o desconhecimento da situação.

Contudo, o devedor tem sempre o maior interesse em agir desde o início de uma situação económica difícil pois a sua inação pode agravar, ainda mais, a situação financeira da empresa.

⁵ OLIVEIRA, JOÃO, em <http://www.re-activar.pt/conhecimento/falencia-e-insolvencia/>

⁶ Contudo não consideraremos uma pessoa, singular ou coletiva, insolvente caso não cumpra os pagamentos durante um período curto de tempo, ou se apenas tiver uma única dívida a um único credor, tendo cumprido todas as outras obrigações, no CIRE estipula uma série de regras para que possa realmente ser considerado insolvente, outros casos serão considerados como situação económica difícil ou em situação meramente insolvente.

⁷ A noção de <<Situação económica difícil>> vem prevista no artigo 17º-B do CIRE, no qual encontramos: *“a empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.”*

É frequente assistirmos a casos de empresas que desconsideraram os seus problemas de solvência, não agindo de imediato, obstando assim à possibilidade de beneficiar das opções pré-insolvenciais, tais como o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), Lei 8/2018, de 2 de março, o Processo Especial de Acordo de Pagamento (PEAP), presente no CIRE, ou o Processo Especial de Revitalização (PER), artigo 17º-A do CIRE.

Esta falta de diligência não implica, diretamente, que a empresa se torne insolvente mas, perante uma situação difícil em termos de solvência, os atrasos nas tomadas de decisões e procura de soluções eficazes para a sua resolução, tornarão a viabilidade económica ainda mais complexa.

Ao estudar o regime da insolvência é também possível ver que nem sempre é o devedor quem solicita a insolvência, podendo ser terceiros, cfr. Artigo 20º do CIRE, tais como os credores hipotecários, fornecedores ou mesmo trabalhadores.

No entanto, pode considerar-se que, quando o pedido da insolvência é apresentado por terceiros, poderá significar que a situação da empresa é já bem mais grave do que quem fez o pedido da insolvência imagina. Nestes casos, o insolvente pode já ter contraído várias outras dívidas, havendo por isso diversos credores, podendo mesmo significar que já não existe qualquer possibilidade de se recuperação. Deste modo, quem apresenta a insolvência, apesar de se constituir como credor, poderá não ser a única pessoa credora, ou seja, o seu crédito pode encontrar-se numa relação de prejudicialidade relativamente a outros créditos. Por isso mesmo, teremos que ter em consideração, a existência de vários tipos de credores ⁸, a priorização dos pagamentos a cada um destes e, claro, qual a situação concreta dos trabalhadores nesta questão.

É necessário ainda considerar que a insolvência é um processo complexo que prejudica não só o devedor, como também fornecedores, trabalhadores e outros, pelo que estes necessitam de alguma forma de ressarcimento dos eventuais danos ocorridos pela falta de liquidez do devedor.

Contudo, o facto de haver um processo de insolvência não significa necessariamente que haja um encerramento definitivo da empresa. Para além do encerramento definitivo da empresa,

⁸ A classificação de credores vem prevista no artigo 47º nº4 do CIRE.

pode haver possibilidade de negociações entre o insolvente e os seus credores para pagamento dos valores em dívida. É possível, através dos mecanismos pré-insolvenciais, encontrar soluções de reestruturação e modalidades de pagamento das dívidas. Quando ainda não está declarada a situação de insolvência, ou, já no instituto de insolvência, é possível delinear um plano de insolvência que permita a reestruturação da empresa.

Nestas várias opções, o objetivo será sempre recuperar a empresa em dificuldades e encontrar um acordo entre o insolvente e os seus credores. Quando tal não é conseguido, o processo de insolvência, na sua fase de liquidação de bens, pode trazer alguma paz aos terceiros prejudicados pela situação do devedor e, também, a este, que poderá ver a sua situação solucionada com o fim do processo de insolvência.

Contudo, teremos de considerar que, um processo de insolvência que resulte no encerramento definitivo do estabelecimento, mesmo que resulte em algum apaziguamento para as pessoas envolvidas, não é a solução ideal, já que os credores podem nunca vir a ser ressarcidos, tal como o devedor pode não ficar livre do pagamento de algumas dívidas, já que não pode ser exonerado de todas elas, tal como as dívidas ao Estado e Segurança Social⁹.

O processo de insolvência pode ter várias fases e várias formas de gestão, sendo que umas conduzem a um encerramento definitivo da atividade e outras a uma hipotética possibilidade de salvação do estabelecimento através do Processo Especial de Revitalização, também conhecido como PER, conforme o art.º 17º-A do CIRE ou o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, presente na Lei 8/2018 de 2 de março, conhecido como RERE. Estes mecanismos só poderão ser requeridos após verificação pelo tribunal da existência de uma situação económica difícil, conforme o 17º-B do CIRE, ou uma situação de insolvência eminente. Tanto o PER, cf. 17º-A do CIRE, como o RERE, Lei 8/2018 de 2 de março, têm como objetivo principal a revitalização da empresa.

Pode o tribunal decretar, como uma das medidas, a nomeação de um administrador de insolvência, para que o mesmo analise a situação atual da atividade e intervenha como gestor da massa insolvente perante os terceiros afetados.

⁹ De acordo com a natureza das dívidas, todas as dívidas que são contraídas com entidades estaduais não são consideradas para a exoneração do passivo restante.

A utilização destes mecanismos mantém a empresa em funcionamento com o objetivo de alcançar novamente a liquidez pretendida e fazer face às dívidas contraídas e as obrigações que surjam.

Assim, propõe-se uma análise específica das situações de insolvência, de situação económica difícil e, também, dos mecanismos pré-insolvenciais existentes. Nesta análise, ter-se-á em especial consideração a situação dos trabalhadores quando é nomeado um administrador de insolvência e, em concreto, a possibilidade de promoção do despedimento por parte deste.

1.1. Notas históricas da Evolução da Insolvência

A insolvência é um termo que vem da antiguidade. Não são atuais os problemas de crédito, pelo que é possível encontrar referências, e soluções para esta problemática, em textos históricos^{10/11}.

O Direito da Insolvência começou por ser conhecido como “o direito falimentar”, ou seja, relativo à falência que, num primeiro momento, era principalmente punitivo dos devedores. Encontramos exemplos desta realidade nos tempos dos Romanos e na antiga Grécia em que os devedores eram privados da sua liberdade pessoal.

Encontramos também referência à insolvência na história da “Lei das Doze Tábuas” (*Lex Duodecim Tabularum*), em que as obrigações não cumpridas pelo devedor podiam ser sancionadas com a privação da liberdade, rebaixado à condição de escravo ou, em casos mais graves, com a pena de morte; ou seja, o devedor era pessoal e severamente responsabilizado pelas dívidas que contraía¹².

¹⁰ “A ninguém devais coisa alguma, a não ser o amor com que vos ameis uns aos outros; porque quem ama aos outros cumpriu a lei.” - Romanos – 13:7-8

¹¹ “O rico domina sobre os pobres e o que toma emprestado é servo do que empresta” - Proverbio - 22:7

¹² Tábua 7, tratava dos crimes e condutas ilícitas, nos tempos romanos.

“O ladrão confesso (preso em flagrante) sendo homem livre será vergastado por aquele a quem roubou; se é um escravo, será vergastado e precipitado da Rocha Tarpeia; mas sendo impúbere, será apenas vergastado ao critério do magistrado e condenado a reparar o dano”.

É importante ter em consideração que, a aplicação destas penas, colocava sempre o devedor numa situação realmente difícil, em que dificilmente voltaria a adquirir a sua liberdade, podendo ser assim cair numa condição perpétua.

Os Romanos escravizavam e torturavam^{13/14} os seus devedores. Criaram ainda a figura dos pactos fiduciários, através dos quais transmitiam a propriedade dos bens do devedor até que o mesmo cumprisse as suas dívidas.

Na Idade Média, em Itália, surge pela primeira vez uma base legal do instituto de falência, o que conduziu a Europa a procurar um corpo legal que evoluiu, providenciando dignidade pessoal ao falido e procurando soluções essencialmente patrimoniais, contra o devedor.

Em Portugal, o primeiro código foi impresso em 1521, ordenado pelo Rei D. Manoel, tendo o nome das “*Ordenações Manuelinas*”. No mesmo previu-se que o devedor deveria ficar preso até que cumprisse o pagamento das suas dívidas, considerando ainda influências italianas pelo que o devedor tinha a possibilidade de dar como garantia os seus bens como forma de evitar a pena de prisão.

Em 1603, surgiram as “*Ordenações Filipinas*”, ordenado pelo Rei Filipe II, no qual determinou a diferença de mercadores honestos dos desonestos; sendo que os desonestos podiam ser humilhados publicamente ou, até, condenados à morte.

Em 1673 surge o Código Napoleónico que percorreu um caminho influenciado por toda a Europa. Em 1756, o Marquês de Pombal introduziu o primeiro processo de falência mercantil.

Os finais do século XIX, foram um marco na evolução da modernização das falências, sobretudo na Holanda, com a falência da Companhia das Índias Orientais, conhecida por Indochina, sendo que com esta falência criou-se o primeiro procedimento, com princípios base da insolvência, que dura há mais de 200 anos, e veio a ser a raiz da criação do atual PER.

¹³ Os Romanos tinham a preocupação dos mesmos não fugissem sem pagar as suas dívidas, desta forma, era comum que torturassem corporalmente os devedores de forma a que perdessem qualquer vontade de fugir

¹⁴ “O escravo poderá ser torturado perante os tribunais públicos para confessar os crimes do amo, enquanto os homens livres não eram ameaçados de tortura” em História da Vida Privada, do Império Romano ao ano mil, Companhia de Bolso 1, p. 54

Em 1834 surge em Portugal o Código Ferreira Borges e, em 1888, aparece o primeiro Código Comercial que incluía as Falências.

Contudo, a configuração do Código viria a ser alterada pelo Presidente do Conselho, Oliveira Salazar, colocando as falências no Código Civil, mesmo que consultores jurídicos o desaconselhassem nesse sentido.

Em 1993 foi retirado do Código Civil e foi criado o CPEREF - Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência, no qual se procurava, sobretudo, a recuperação das empresas. Em 2002 entrou em vigor o regulamento da CE n.º 1346/2000, que obrigava países membros da União Europeia a atualizarem a legislação sobre falências. É desta forma que surge o CIRE em 2004.

1.2. O administrador de insolvência

O administrador de insolvência, ***nos termos dos*** arts. 52.º e seguintes do CIRE e da Lei 22/2013, de 26 de fevereiro, é o mais importante órgão nos processos de insolvência¹⁵, sendo que o mesmo exerce os poderes de administração da massa insolvente¹⁶.

De acordo com n.º1 do art.º 2.º do Estatutos do Administrador Judicial ¹⁷ “... *É a pessoa incumbida da fiscalização e da orientação dos atos integrantes do processo especial de revitalização, bem como da gestão ou liquidação da massa insolvente no âmbito do processo de insolvência, sendo competente para a realização de todos os atos que lhe são cometidos pelo presente estatuto e pela Lei*”.

¹⁵ Diz-se processos de insolvência, tendo em conta, aos processos de insolvência singular e de empresas.

¹⁶ PEREIRA MOUTA, Fátima, (2018) em <https://www.advogadosinsolvencia.pt/insolvencia/administrador-de-insolvencia>.

¹⁷ Estatutos do Administrador Judicial, Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro

A Missão do administrador de insolvência é pois defender e tentar conciliar dois grupos de interesses, que estão em natural contraposição: por um lado, os interesses do insolvente e por outro o interesse, comum, dos credores^{18/19}.

A figura do administrador de insolvência é importante, também, para fazer face à desconfiança por parte dos credores que, de modo geral, existiria quanto à capacidade de administração por parte do devedor²⁰.

Para evitar situações de desconfiança, o administrador de insolvência é uma pessoa idónea²¹, e está sujeito aos mesmos impedimentos e suspeições que são aplicados no caso dos juízes²², bem como às regras gerais sobre incompatibilidades aplicáveis aos titulares de órgãos sociais das sociedades, de acordo com o art.º 4.º n.º 1 do Estatutos do Administrador Judicial.

Para além destes impedimentos, o administrador de insolvência não pode integrar órgãos sociais ou ser dirigente de empresas que prossigam atividades, total ou predominantemente seme-

¹⁸ SERRA, Catarina, em *Lições de Direito da Insolvência*, 2018, p. 80.

¹⁹ o conceito de credores vem previsto no art.º 47.º do CIRE.

²⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, em *Direito da Insolvência*, 2015, 6ª Edição, p. 107.

²¹ Cfr. Art.º 5.º dos Estatutos do Administrador Judicial, o administrador de Insolvência para ser considerado pessoa idónea, não pode ter sido:

a) Condenada com trânsito em julgado, no País ou no estrangeiro, por crime de furto, roubo, burla, burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de confiança, recetação, infidelidade, falsificação, falsas declarações, insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente, favorecimento de credores, emissão de cheques sem provisão, abuso de cartão de garantia ou de crédito, apropriação ilegítima de bens do sector público ou cooperativo, administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo, usura, suborno, corrupção, tráfico de influência, peculato, receção não autorizada de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, prática ilícita de atos ou operações inerentes à atividade seguradora ou dos fundos de pensões, fraude fiscal ou outro crime tributário, branqueamento de capitais ou crime previsto no Código das Sociedades Comerciais ou no Código dos Valores Mobiliários;

b) Declarada, nos últimos 15 anos, por sentença nacional ou estrangeira transitada em julgado, insolvente ou julgada responsável por insolvência de empresa por ela dominada ou de cujos órgãos de administração ou fiscalização tenha sido membro.

²² Para além da equiparação aos juizes quanto aos impedimentos e suspeições, os Administradores de Insolvência são equiparados aos Agentes de Execução nos seguintes aspectos:

i) Direito de ingresso nas secretarias judiciais e demais serviços públicos, designadamente conservatórias e serviços de finanças;

ii) Acesso ao registo informático de execuções nos termos do Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro;

iii) Consulta das bases de dados da administração tributária, da segurança social, das conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos e arquivos semelhantes, de acordo com o disposto no art.º 749.º do Código de Processo Civil e a regulamentar por portaria nos termos do n.º 3 desse art.º, na medida necessária ao exercício das competências que lhes são legalmente atribuídas;

lhantes às da empresa que lhe seja confiada para gestão, no âmbito do processo especial de revitalização, ou que se encontre compreendida na massa insolvente, também nos termos do n.º 2 do art. 4.º do Estatutos do Administrador Judicial.

É fundamental ter em conta que o administrador de insolvência torna-se num gestor diligente que, independentemente do encerramento definitivo do estabelecimento ou manutenção da empresa através de reestruturação da mesma²³, visa o pagamento dos credores. Em conclusão, o administrador de insolvência, durante as suas funções, terá que tomar decisões e obedecer aos deveres que lhe são atribuídos o que, por vezes, pode ser uma função complexa, tendo em conta que este é alheio ao funcionamento habitual e normal da empresa. Sendo este um gestor diligente, terá em conta o que é melhor para cada caso concreto e, responderá por todos os atos que pratique, pelo que terá de ter uma atuação dentro da urbanidade esperada, de acordo com as várias situações concretas que tenha de enfrentar.

Esta análise foi tendo em conta a perspetiva do administrador de insolvência mas, em contrapartida teve também de tomar em consideração a situação dos trabalhadores como principais interessados no sucesso de qualquer medida de reestruturação, pois estas são, em geral, os principais dependentes da empresa²⁴.

Esta análise é particularmente relevante tendo em consideração o possível fim de vida da empresa. Não podemos olvidar quem depende da mesma, e quem realmente é interessado em que esta continue a laborar; ou seja, temos de ter em particular consideração o principal interessado numa reestruturação e, conseqüente viabilidade económica da empresa: o trabalhador.

Mas, ao mesmo tempo, mesmo que exista uma reestruturação, pode permanecer o risco da perda daquilo que, para muitas pessoas e suas famílias é a principal fonte de sustento, pelo que iremos analisar os moldes em que os despedimentos pode ocorrer, qual o procedimento inerente, os cuidados a ter por parte do administrador e, por último, quais as garantias de que o trabalhador dis-

²³ A manutenção da empresa está prevista, entre outros, no art.º 156.º n.º 2 e 3 do CIRE e visa, principalmente, garantir o pagamento aos credores através dos rendimentos que advém dessa manutenção

²⁴ A sua remuneração depende da continuação da mesma e o encerramento definitivo tem como destino a situação de desemprego, apenas com a garantia de indemnizações, considerando o Fundo de Garantia Salarial. este pode não ser suficiente para a sua subsistência, considerando o número de anos que o mesmo tenha permanecido na empresa, as remunerações que tinha, valores pendentes de pagamento entre outros, visto que o mesmo é limitado a uma fórmula existente que iremos analisar no seguimento deste trabalho.

põe depois da cessação do contrato de trabalho. É um tema em que nos dividiremos entre o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Código do Trabalho.

A junção do direito da insolvência e do direito do trabalho formou uma interessante fusão destes dois ramos, em que o Direito da Insolvência procurou manter as normas relativas ao despedimento dos trabalhadores e, bem assim, a forma como funciona o regime jurídico relativo aos contratos de trabalho.

No Direito da Insolvência vemos que a declaração de insolvência pode assumir um papel muito importante na vida dos trabalhadores, seja economicamente por acabarem numa situação de desemprego após o encerramento do estabelecimento, seja por verem o seu contrato de trabalho a ser terminado por parte do administrador de insolvência. E, nesse sentido, é necessário que se verifique em que situações pode o administrador de insolvência actuar e de que forma pode fazê-lo.

Por seu lado, o Direito do Trabalho procura assegurar a proteção dos trabalhadores em situações de ilicitude e, de forma geral, em situações de desequilíbrio de poder face ao empregador, de situações que o afetam economicamente ou mesmo a tutela dos seus créditos. É também o direito que regula tudo o que é matéria que diga respeito ao despedimento do trabalhador, ditando o que é, ou não, admissível e imperativo durante o processo de despedimento, quais as suas consequências, e os direitos que o trabalhador tem após a extinção do contrato de trabalho. À primeira vista, ao analisarmos as normas destes dois ramos do direito, poderemos considerar ter sido uma solução jurídica eficaz.

Contudo, numa análise mais aprofundada, e analisando os dois ramos em conjunto, é fácil perceber soluções incompletas, a existência falhas, e que estas, na base legal, fazem surgir dúvidas importantes, dúvidas sem resposta e que, por vezes, as incertezas criadas podem resultar em problemas como iremos analisar de seguida.

Na implementação das matérias relativas aos trabalhadores em sede da insolvência houve pouca preocupação em regular, inteiramente, as questões sobre os contratos de trabalho, pelo que é possível verificar que há muita divergência doutrinária nesse sentido, muitas dúvidas por responder, ainda que, por vezes, se tenha tentado chegar a um consenso.

Pelo exposto, torna-se clara a necessidade de uma alteração no regime dos despedimentos em sede de insolvência, na qual se clarifique todas estas questões jurídicas. É nestas questões que nos centraremos.

Neste momento, com a ausência de clarificação, resta-nos recorrer à doutrina que, como sabemos, quase sempre termina com divergências. Neste caso, encontramos alguns autores que consideram que é sempre possível recorrer à caducidade de um contrato, enquanto outros limitam a caducidade apenas a determinadas situações, conforme analisaremos adiante.

Mas, as divergências vão mais longe: outros autores, consideram que é necessário realizar um despedimento coletivo, afastando a caducidade do contrato, respondendo às regras do despedimento coletivo, cessando qualquer possibilidade de o administrador de insolvência poder realizar novas contratações, caso necessário.

Assim, parece resultar claro que isto só aconteceu pelo facto de, na letra da lei, podermos encontrar despedimentos que só devem ocorrer quando os trabalhadores não sejam indispensáveis. Este conceito, sendo difícil de definir, e com contornos que poderão ser prejudicados por alguma subjetividade, pode resultar em situações de indefinição, ou seja, na impossibilidade de determinar se um determinado trabalhador é, ou não, indispensável.

Por isso, o conceito em si, pode desencadear bastantes dúvidas e pode dificultar o entendimento quanto ao funcionamento do regime dos despedimentos e contratação de trabalhadores, durante a reestruturação de uma empresa, como iremos ver.

2. Despedimento de Colaboradores Dispensáveis

Ao pensarmos no cenário de uma empresa insolvente, pensamos também nos efeitos que esta insolvência pode provocar a terceiros (sejam eles trabalhadores, fornecedores, clientes) e o que acontece direta e indiretamente, *in casu*, aos contratos de trabalho, em vigor à data da declaração da insolvência.

Aqui há que ter em consideração duas situações. Uma primeira, relativa ao que acontece no caso da declaração de insolvência ser decretada, com o encerramento definitivo da empresa e; num

segundo caso em que existe a possibilidade de, através de uma reestruturação, haver continuidade da mesma, constando na declaração de insolvência o futuro da mesma.

No caso de existir a possibilidade de uma reestruturação da empresa deve sempre ter-se em conta que o despedimento, ou a dispensabilidade dos trabalhadores, deve ser sempre a última alternativa possível²⁵.

Sempre que se verificar a continuidade do funcionamento da empresa, procurar-se-á tentar salvar os postos de trabalho, em alternativa à situação de desemprego dos trabalhadores, de forma a minimizar as consequências para os mesmos.

Conforme foi referido anteriormente, o administrador de insolvência tem competências ²⁶ sobre os negócios em curso, o que inclui questões laborais, manutenção de postos de trabalho e, também, rescisão de contratos de trabalho.²⁷

A matéria laboral é tratada principalmente no âmbito do Código do Trabalho (Lei 27/2014, de 8 de maio).

No caso concreto, teremos de ver o que é aplicado simultaneamente nos deveres do administrador de insolvência, em relação aos contratos de trabalho no Código do Trabalho.

Como vimos, este cruzamento entre o Direito do Trabalho e o Direito da Insolvência criou alguma divergência doutrinária mas, em momento algum, no CIRE, se encontram normas específicas sobre os contratos de trabalho²⁸, pelo que, assim sendo, aplicam-se, subsidiariamente, as regras do Direito do Trabalho.

²⁵ Neste sentido é possível encontrar o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de Junho de 2013, Proc. 743/12.6TBVVD.61.

²⁶ SERRA, Catarina, em *Lições de Direito da Insolvência*, 2018, p. 82, considera que o elenco do art.º 55.º é manifestamente incompleto

²⁷ Esta competência vem previstas no art.º 55.º n.º4 do CIRE, que iremos analisar adiante.

²⁸ Nomeadamente no capítulo VI que reservou para os negócios em curso,

No entanto, existem os efeitos sobre os negócios em curso, pelo que, nestes casos, se aplicam as regras do direito do trabalho, com as adaptações previstas no CIRE.

Em diplomas anteriores ao CIRE existiam normas que, em certas medida, resolviam, estes problemas, tendo em consideração o art.º 172.º do CPEREF²⁹. Existia, também, a conhecida Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, ou LCCT. Estes dois diplomas regulavam os efeitos produzidos pela insolvência nos contratos de trabalho, mas a nova legislação sobre a matéria deixa em aberto muitas questões.

Pode pensar-se mesmo que houve uma intenção legislativa no sentido de que a interpretação das normas não fosse taxativa, por forma a permitir interpretações amplas que se adaptassem melhor aos casos concretos. Por isso, levantam-se várias questões, tais como:

Quais as circunstâncias que podem levar o administrador de insolvência a despedir os trabalhadores duma empresa? Quais os requisitos a que tem de ser observados para se proceder ao despedimento? Em que moldes funciona o despedimento por parte do administrador de insolvência? É necessária uma justa causa para realizar este despedimento? E, por último, é lícito este despedimento, promovido pelo administrador de insolvência?

Conforme opinião de CATARINA SERRA³⁰ e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³¹ o interesse dos trabalhadores na manutenção da empresa está associado ao interesse geral da segurança e estabilidade no emprego, o que é objeto de uma garantia constitucional (conforme o art.º 53.º

²⁹ no CPEREF encontrava-se definido “No CPEREF, os efeitos da declaração judicial de insolvência do entidade empregadora sobre os contratos de trabalho encontravam-se regulados no art.º 172º, que dispunha: «aos trabalhadores do falido aplica-se, quanto à manutenção dos seus contratos após a declaração de falência, o regime geral de cessação do contrato de trabalho, sem prejuízo da transmissão de contratos que acompanhe a alienação de estabelecimentos industriais e comerciais”.

³⁰ SERRA, Catarina, em *Lições de Direito da Insolvência*, 2018, p. 188.

³¹ Cfr. NUNES DE CARVALHO, António, em *Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1995, n.º4, p. 320, - “ O interesse da conservação da empresa é, então, um interesse instrumental”

da Constituição da República Portuguesa).³² No entanto, não podemos olhar só para o ponto de vista da empresa. É necessário também ter em conta que os contratos de trabalho significam estabilidade para os trabalhadores e que o encerramento da empresa levá-los-ia a uma situação de desemprego e instabilidade inesperada.

Contudo, mesmo que este argumento tenha muito peso e exista uma garantia constitucional neste sentido, não podemos esquecer que, nem sempre é possível manter os postos de trabalho visto que não há liquidez na empresa e isso pode significar duas situações: desemprego dos trabalhadores por insolvência da empresa com fecho do estabelecimento, e reestruturação da empresa pela qual foi necessário dispensar alguns dos trabalhadores com o intuito de reduzir custos e proporcionar liquidez.

Para os trabalhadores não há outras situações possíveis, pelo que o Administrador da Insolvência deverá fazer uma análise cuidada relativamente às medidas a tomar para melhor proteção dos interesses dos trabalhadores.

2.1 A Caducidade dos Contratos de Trabalho

Conforme PEDRO ROMANO MARTINEZ³³ *“A insolvência do entidade empregadora não acarreta a imediata extinção dos contratos de trabalho vigentes. Os contratos de trabalho que estiverem em vigor no momento em que a insolvência é decretada mantêm-se, como resulta do disposto do art.º III.º do CIRE (...) nem sequer a suspensão do vínculo, que corresponde à regra geral (arts. 102.º e ss. Do CIRE) (...) o Contrato de trabalho subsiste, continuando a ser executado, mas pode ser denunciado por qualquer das partes”*.

³² GOMES CANOTILHO, em *Constituição da República Anotada*, pps. 288-290 em anotação ao art.º 53º da CRP, *“A individualização de uma categoria de «direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de carácter pessoal e políticos (...) reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional de «direitos, liberdades e garantias» como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular do direito de igual dignidade (...) Em face da Constituição os patrões (e, em geral, os empregadores) perderam a liberdade de despedir e de dispor dos empregos (...), além de não poderem recorrer ao lock-out como meio de combate contra os trabalhadores (art.º 58º); os proprietários de empresas perderam o domínio absoluto do espaço e dos locais de trabalho, não podendo impedir o exercício de atividades sindicais (art.º 56º, no 2, al. b). Deste modo, os direitos dos trabalhadores adquiriram uma dimensão objetiva, que implica uma nova conceção de empresa (e das organizações de trabalho em geral), em que o seu titular deixou de poder tudo e em que os trabalhadores deixaram de ser meros sujeitos passivos de uma organização alheia.”*

³³ ROMANO MARTINEZ, Pedro, em *Direito do Trabalho*, 2017, 8ª Ed. pps. 955 e 956.

Neste sentido, para PEDRO ROMANO MARTINEZ, a declaração de insolvência, *per si*, não extingue ou faz caducar os contratos de trabalho mas permite, isso sim, a sua denúncia por qualquer uma das partes, remetendo para n.º 1 do art.º 108.º do CIRE, com as necessárias adaptações, e o art.º 347.º do Código do Trabalho.

Nestes termos, podemos advogar que os contratos de trabalho subsistem e devem continuar a ser executados, pelo que a declaração de insolvência não pode ser fundamento suficiente para denúncia de um contrato de trabalho por parte da entidade empregadora. Há assim que afastar a ideia da denúncia, por qualquer das partes³⁴. Isto porque, para ela ter origem numa das partes, será sempre necessária a existência de fundamento, determinante, que a justifique.

Como vimos anteriormente, a insolvência da entidade empregadora não extingue os contratos de trabalho. Isso só acontece com o encerramento definitivo do estabelecimento, já que a declaração de insolvência não significa a cessação da atividade. Logo, continuando, não existem efeitos sobre os contratos de trabalho aplicando-se por isso as normas gerais de despedimento de trabalhadores, afastando assim a denúncia por parte da entidade empregadora.

Acolhendo o ponto de vista de PEDRO ROMANO MARTINEZ, outros autores, como LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³⁵, sugerem que, na ausência de qualquer base legal (considerando que existe uma lacuna na lei³⁶) será feita uma remissão para o art.º 347.º do Código do Trabalho.

³⁴ Neste ponto apenas vamos ver o ponto de vista da entidade empregadora porque é o pretendido para responder às questões apresentadas.

³⁵ Contudo MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO não concorda com a aplicação do 111.º do CIRE, como analisarei adiante.

³⁶ O anterior enquadramento jurídico desta temática era tratado pelo Regime Jurídico da Cessação do Contrato de Trabalho e do Contrato a Termo, aprovado pelo DL n.º 64a/89 de 27 de fevereiro e pelo CPEREF, tendo sido alterado primeiro pelo Código do Trabalho de 2003, revogando o DL n.º 64a/89, de 27 de fevereiro, depois pelo Código do Trabalho de 2009, e posteriormente pelo CIRE que veio revogar o CPEREF

Contudo, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO e LUÍS CARVALHO FERNANDES³⁷, afastam a aplicabilidade do art.º 111.º do CIRE, por este regular apenas o contrato de prestação de serviços, conforme o art.º 1154.º do Código Civil, e considerarem que difere do contrato de trabalho.

Tem de se ter em consideração a diferença entre o contrato de prestação de serviços e o contrato de trabalho reside, sobretudo, na vinculação do trabalhador à entidade empregadora. No contrato de trabalho existe um vínculo e uma obrigação temporal entre as partes que apenas cessam com o fim do mesmo, enquanto que no contrato de prestação de serviços não existe uma vinculação para além do serviço contratado³⁸. O contrato cessa automaticamente quando o serviço tenha sido concluído, não sendo portanto um vínculo a longo prazo³⁹ e não obedecendo aos requisitos constantes no Código do Trabalho relativos ao despedimento. É neste caso que se aplica o art.º 111.º do CIRE, sendo a forma de cessação do contrato simplificada e havendo a possibilidade de denunciar do contrato por qualquer uma das partes. Não existe qualquer a necessidade de uma justificação para desvincular as partes, considerando que a conclusão do serviço acordado faz cessar o contrato de prestação de serviços.

Outros autores apoiam a não aplicabilidade do art.111.º do CIRE, tais como JOÃO LABAREDA e JOANA VASCONCELOS⁴⁰, que entendem que o regime aplicável já está previsto no art.º

³⁷ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, em *“Aspectos Laborais da Insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas”*, pps. 695 e 696. CARVALHO FERNANDES, Luís A., em *“Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas”*, p. 20

³⁸ O trabalhador autónomo acaba por ser o próprio “chefe” sendo o mesmo decide sobre os serviços que presta, valores, fixa horários a si mesmo e que não obedece diretamente à entidade que o contrata.

³⁹ Assim afasto o vínculo a longo prazo nos contratos de prestação de serviços no sentido de esclarecer que o trabalhador autónomo obriga-se a realizar um serviço em concreto num tempo estipulado inicialmente, e.g.: Se se tratar de uma empresa de construção civil, o contrato de prestação de serviços pode ter um tempo para a realização do serviço superior do que se for uma empresa de serviços mas ao fim do tempo em que as partes se obrigam não existem os requisitos de um despedimento pelo que tem um regime simplificado para cessar este contrato.

⁴⁰ CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, em *“Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas, vol. I”*, p. 415; JOANA VASCONCELOS, em *“Insolvência do Entidade empregadora e Contrato de Trabalho”*, pps. 1093 e 1094;

277.º do CIRE⁴¹. Assim, os efeitos da declaração de insolvência quanto ao contratos de trabalho seriam exclusivamente regidos pelas normas vigentes no Código do Trabalho.

Por sua vez, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁴², afasta a aplicação do art.º 111.º bem como a aplicação do art.º 277.º, ambos do CIRE, argumentando que «esta disposição constitui manifestamente uma norma de conflitos e não uma disposição remissiva de natureza substantiva».

Já MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁴³, considera que a situação de insolvência não faz caducar os contratos de trabalho, podendo, contudo, o administrador de insolvência fazer cessar os contratos relativos aos trabalhadores não indispensáveis.

Para uma melhor compreensão desta matéria, é possível encontrar jurisprudência nos seguintes acórdãos:

1- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Proc. 177/09.0TBVRS-F.E1, 14-06-2012, Que teve por relator Bernardo Domingos: “*Os contratos de trabalho não caducam com o decretamento da insolvência da entidade patronal, devendo o administrador da insolvência continuar a satisfazer integralmente as obrigações para com os trabalhadores enquanto o estabelecimento não for definitivamente encerrado.*”

2- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. 562/09.7T2AVR-P.C1, de 17-07-2010 pronuncia-se no sentido de que embora o administrador de insolvência deva satisfazer as obrigações para com os trabalhadores, deve aquele agir como um gestor diligente. Mesmo que ainda seja possível a receção do trabalho se esta provocar um agravamento da situação económica, deve o administrador de insolvência promover o despedimento dos trabalhadores dispensáveis.

⁴¹ Para JOANA VASCONCELOS o 277.º do CIRE representa assim uma norma de conflitos no âmbito das relações laborais, enquanto que para CARVALHO FERNANDES é uma “dupla remissão” para o Direito Internacional Privado como também é uma remissão para os Arts. 6.º e ss. Do Código do Trabalho, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO discorda indicando que é uma norma de conflitos e não uma remissão geral.

⁴² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *As repercussões da insolvência no contrato de trabalho*, 2006, p. 205

⁴³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, em *Manual do Direito da Insolvência*, 6ª ed. 2016, p. 199

Para resolver estas questões doutrinárias, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁴⁴ deixa a abertura à existência de uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, da entidade empregadora receber a prestação do trabalho. Não sendo para isso bastante uma mera dificuldade ou contrariedade. Tem essa impossibilidade que ser definitiva para que exista uma caducidade de contrato de trabalho, ao invés de uma suspensão do mesmo.

LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO diz ainda que, esta impossibilidade, tanto se aplica ao trabalhador como à entidade empregadora. No entanto, esta nossa análise centra-se apenas no lado da entidade empregadora.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁴⁵, discordando da posição de LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, considera que a impossibilidade de receção do trabalho não constitui uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, considerando antes que se trata de uma desnecessidade da receção do mesmo.

Sendo o administrador de insolvência quem cuida de todo o processo, deverá o mesmo promover, se necessário, despedimentos, como forma de evitar o agravamento da situação económica da empresa. Neste sentido, EDUARDA PROENÇA⁴⁶ associa a possível cessação de contratos de trabalho a uma conduta diligente por parte do administrador de insolvência, na medida em que a empresa pode funcionar e rendibilizar-se pela redução de custos do trabalho.⁴⁷

Cabe agora tomar posição.

⁴⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *Direito do Trabalho*, 2014, 4ª ed. pps. 437 e 438.

⁴⁵ CARVALHO FERNANDES, Luís A., em *Estudos sobre a Insolvência, Efeitos da Declaração da Insolvência no Contrato de Trabalho Segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2009, pp. 232-233.

⁴⁶ PROENÇA, Eduarda, em *As consequências da Insolvência do Empregador nos Contratos de Trabalho*, Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto, Orientação: Dr.ª Maria do Rosário Epifânio, 2013

⁴⁷ Neste sentido encontra-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. 6034/13.8 TBBRG- I.G1, Que teve por relator MARIA PURIFICAÇÃO CARVALHO, onde é possível ler-se: “1 -A declaração de insolvência, em si, não extingue o contrato de trabalho, mas sim o encerramento definitivo da empresa. 2. Em consequência os contratos de trabalho caducaram por extinção do vínculo laboral.3. Esta extinção deve-se não a um ato voluntário do administrador mas antes pela ocorrência de um facto jurídico não voluntário: qual seja, quando e se ocorre o encerramento definitivo do estabelecimento, verifica-se uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o entidade empregadora receber a prestação do trabalho, o que sempre configurará uma situação de caducidade do contrato de trabalho - cf. Art.º 343.º, b), do C. Trabalho. 4. O encerramento não resulta de uma medida de gestão do entidade empregadora/administrador mas antes de uma decisão que não depende da sua vontade (ver artº156º do CIRE e/ou Art.º 158º mesmo diploma legal no caso como acontece neste processo em que não existe assembleia de credores).”

No caso da existência de cessação da atividade, com fecho do estabelecimento, consideramos que, só por si, isto constitui uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, da entidade empregadora receber o trabalhador. Isto porque, com a empresa encerrada, não há continuidade da atividade produtiva, originando assim a caducidade do contrato de trabalho. Por outras palavras, não existe a possibilidade, física, do trabalhador laborar na empresa.

Mas, considerando haver uma segunda situação na qual a empresa pode vir a ser reestruturada, seria possível, nesse caso, considerar haver uma desnecessidade das prestações de alguns trabalhadores, não havendo por isso uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva.

Desta forma, já não seria de considerar a caducidade do contrato de trabalho mas, isso sim, um despedimento de alguns trabalhadores, promovido pelo administrador de insolvência. Em suma, nesta matéria, adotar-se-á a posição assumida concordando por CATARINA SERRA^{48/49}.

⁴⁸ SERRA, Catarina, em *Lições do Direito da Insolvência*, 2018, p. 189;

A autora pronuncia-se no sentido em que a declaração dá origem a dois fundamentos possíveis: a não indispensabilidade da colaboração de alguns dos trabalhadores e o encerramento definitivo do estabelecimento. No primeiro caso, é possível após verificada a dispensabilidade a resolução do contrato por dispensabilidade, ou no segundo caso, através do encerramento definitivo, dando-se a caducidade do contrato de trabalho

⁴⁹ Neste sentido encontramos o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. 6034/13.8TBBRG-I.G1, de 14-01-2016, Que teve por relator Maria Purificação Carvalho, no qual ao haver o encerramento definitivo do estabelecimento dá-se a caducidade do contrato de trabalho, verificando-se uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o entidade empregadora receber a prestação do trabalho - conforme art.º 343.º, b), do Código do Trabalho.

Interpretando o encerramento definitivo do estabelecimento, conforme vem descrito no Código do Trabalho, nos termos do art.º 346.º ⁵⁰, verificamos que os n.ºs 1 e 2 deste art.º implicam a caducidade do contrato de trabalho, desde que não se verifique a transmissão da empresa⁵¹.

Já o n.º 3 do art.º 346.º do Código do Trabalho, determina a caducidade do contrato de trabalho, com a devida aplicação dos procedimentos exigidos para o despedimento coletivo⁵², previsto no art.º 359.º e ss.⁵³ do Código do Trabalho. Neste âmbito, desenvolveremos, mais adiante, a análise do art.º 360.º do Código do Trabalho.

Contudo, considerando o encerramento da empresa, existe a impossibilidade total da entidade empregadora receber o trabalho do trabalhador e, conseqüentemente, deste efetuar o respetivo trabalho^{54/55}. Neste caso somos levados a concluir que a única solução possível é a da caducidade do contrato de trabalho. Pelo que, aplicar-se-ia o n.º 1 ou n.º 2 do art.º 346.º do Código do Trabalho

⁵⁰ Artigo 346.º - Morte de entidade empregadora, extinção de pessoa coletiva ou encerramento de empresa

1 - A morte de entidade empregadora em nome individual faz caducar o contrato de trabalho na data do encerramento da empresa, salvo se o sucessor do falecido continuar a atividade para que o trabalhador se encontra contratado, ou se verificar a transmissão da empresa ou estabelecimento.

2 - A extinção de pessoa coletiva empregadora, quando não se verifique a transmissão da empresa ou estabelecimento, determina a caducidade do contrato de trabalho.

3- o encerramento total e definitivo da empresa determina a caducidade do contrato de trabalho, devendo seguir-se o procedimento previsto nos artigos 360.º e seguintes, com as necessárias adaptações.

4 -o disposto no numero anterior não se aplica a microempresas, de cujo encerramento o trabalhador deve ser informado com a antecedência prevista nos n.ºs 1 e 2 do art.º 363

5- verificando-se a caducidade do contrato em caso previsto num dos números anteriores, o trabalhador tem direito a compensação calculada nos termos do art.º 366.º, pelo qual responde o património da empresa.

7 - constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 5.

⁵¹ Com a transmissão da empresa a terceiros pressupõe-se que os contratos sejam também transferidos pelo que não implicaria a sua cessação, a não ser que nos termos da transmissão fosse acordado em sentido contrário.

⁵² Conforme art.º 359.º n.º1 do Código do Trabalho considera-se despedimento coletivo a cessação de contratos de trabalho movida pelo entidade empregadora e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respetivamente de microempresa ou pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do numero de trabalhares determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

⁵³ Procedimentos exigidos para o despedimento coletivo, quanto à notificação, negociação, informações necessárias a prestar, denúncia do contrato e compensação.

⁵⁴ Os trabalhadores que estivessem “incorporados” na empresa deixariam de ser necessários e todos os contratos de trabalho deixam assim de ter qualquer validade.

⁵⁵ Em qualquer situação em que o contrato de trabalho seja extinto, sendo através da morte ou extinção do entidade empregadora; caducidade do contrato; ou encerramento da empresa. O trabalhador dispensado tem sempre direito a uma compensação previstas nos arts. 346.º n.º 5 do Código do Trabalho ou 366.º do Código do Trabalho. Esta compensação é calculada de acordo com o número de anos prestados à empresa e a remuneração que o mesmo auferia durante esse período, contudo só é concedido nos casos em que haja dispensa dos trabalhadores por parte do entidade empregadora sem que o mesmo fosse dispensado por justa causa.

que, neste caso, não contemplam qualquer ato de despedimento que não seja fundamentado na caducidade por motivos de insolvência, com encerramento definitivo do estabelecimento.

O art. 347.º do Código do Trabalho é bem mais direcionado ao tema em questão⁵⁶, constituindo um preceito legal que versa sobre os efeitos da insolvência nos contratos de trabalho e dando algumas respostas às dúvidas já colocadas.

Assim, PEDRO ROMANO MARTINEZ⁵⁷ defende que a cessação do contrato de trabalho, nos termos do art.º 347.º n.º2 do Código do Trabalho, consubstancia uma forma de caducidade. Contudo, indica que para o administrador de insolvência proceder ao despedimento de trabalhadores dispensáveis carece o mesmo de preenchimento de pressupostos substanciais e formais⁵⁸. A opinião deste autor leva a concluir tratar-se de uma impossibilidade, total e absoluta, da entidade empregadora receber a prestação de trabalho, conforme art.º 343.º, alínea b) do Código do Trabalho.

Já LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁵⁹ e LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO⁶⁰, contrariamente a PEDRO ROMANO MARTINEZ, pronunciam-se no sentido de que os despedimentos promovidos por parte do administrador de insolvência não constituem uma situação de caducidade do contrato de trabalho sempre que não haja um encerramento definitivo do estabelecimento. Con-

⁵⁶ Artigo 347.º - Insolvência e recuperação de empresa

1 - A declaração judicial de insolvência da entidade empregadora não faz cessar o contrato de trabalho, devendo o administrador da insolvência continuar a satisfazer integralmente as obrigações para com os trabalhadores enquanto o estabelecimento não for definitivamente encerrado.

2 - Antes do encerramento definitivo do estabelecimento, o administrador da insolvência pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador cuja colaboração não seja indispensável ao funcionamento da empresa.

3 - A cessação de contratos de trabalho decorrente do encerramento do estabelecimento ou realizada nos termos do n.º 2 deve ser antecedida de procedimento previsto nos artigos 360.º e seguintes, com as necessárias adaptações.

4 - O disposto no número anterior não se aplica a microempresas.

5 - Na situação referida no n.º 2, o trabalhador tem direito à compensação prevista no art.º 366.º

6 - O disposto no n.º 3 aplica-se em caso de processo de insolvência que possa determinar o encerramento do estabelecimento.

7 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 5

⁵⁷ ROMANO MARTINEZ, PEDRO, em *Apontamentos sobre a cessação do contrato de trabalho à luz do Código de Trabalho*, p. 54

⁵⁸ É necessário que o administrador de insolvência verifique a dispensabilidade de manutenção dos postos de trabalho e caso proceda ao despedimento, o mesmo deve ser na forma de despedimento coletivo, cfr. N.º3 do art.º 347.º do Código do Trabalho.

⁵⁹ CARVALHO FERNANDES, Luís A., em *Efeitos da declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in RDES, 1-2-3, pps. 25-26.

⁶⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *Direito da Insolvência*, 3ª Ed., p. 206 e; em *Direito do Trabalho*, 2ª Ed., ps. 475-476.

sideram sim, ser uma impossibilidade superveniente, não total, nem absoluta, de receção da prestação do trabalho⁶¹.

LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO entende ainda que, no caso de haver o encerramento definitivo do estabelecimento, o mesmo faz cessar imediatamente os contratos de trabalho, levando à sua caducidade⁶².

Após verificar as diversas opiniões aplicáveis à cessação dos contratos de trabalho, prevista no art.º 347.º do Código do Trabalho, seria possível dizer-se que esta cessação é uma resolução contratual distinta da caducidade, prevista no art.º 343.º do Código do Trabalho⁶³. Esta posição é defendida por vários autores⁶⁴.

CATARINA SERRA⁶⁵ relembra ainda que, o administrador de insolvência deve satisfazer integralmente as obrigações para com os trabalhadores, enquanto não for declarado o encerramento definitivo do estabelecimento. Para esta autora, a opção de encerramento definitivo da empresa é a mais comum, uma vez que o processo de insolvência tem, em geral, um fim liquidatório.

Considera-se pois que, por muito que o processo de insolvência tenha um fim liquidatório, deve ser sempre feita a apreciação cuidada das várias opções alternativas. Recorrer a mecanismos de pré-insolvência ou a medidas de reestruturação pode eventualmente evitar o fim da empresa.

Conforme JOANA COSTEIRA⁶⁶, mesmo que seja reconhecida ao administrador de insolvência a faculdade de fazer cessar os contratos de trabalho, cfr. art. 55º do CIRE, isso não o equipa-

⁶¹ cfr. art.º 343.º al. b)

⁶² Voltamos à ideia da impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva da entidade empregadora receber a prestação do trabalho, cfr. art.º 387.º, b).

⁶³ Cfr. LEONOR PIZARRO MONTEIRO, em *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*, p. 39.

A autora indica que na verdade há uma dificuldade de enquadrar este despedimento nalgumas modalidades da cessação do contrato de trabalho enunciadas no art.º 340.º Código do Trabalho.

⁶⁴ Catarina SERRA, Luís Manuel MENEZES LEITÃO, Leonor PIZARRO MONTEIRO, e Joana COSTEIRA, obs. cit.

⁶⁵ SERRA, Catarina, em *Lições do Direito da Insolvência*, 2018, p. 190.

⁶⁶ COSTEIRA, Joana, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho, A Tutela dos Créditos Laborais*, 2017, 2ª Ed. p. 47. Nota de rodapé 123 da ob. cit.

ra à entidade empregadora. Esta mantém a sua qualidade, sendo no entanto afastada dos poderes de decisão, cfr. n.º 1 do art.º 81.º, que passam a ser detidos pelo administrador de insolvência, tendo em conta os interesses da massa insolvente, cfr. n.º 4 do art.º 81.º, ambos do CIRE.

É importante referir que, na doutrina portuguesa, o entendimento sobre o estatuto do administrador de insolvência considera-o o representante legal, *ope legis*, e que por muito que lhe sejam incumbidas funções que até então cabiam a entidade empregadora, o mesmo não assume essa qualidade. A entidade empregadora continua a ser a insolvente, mas quem actuará como representante da mesma é o administrador de insolvência.

Porém, existem situações em que se permite que o representante legal, ou qualquer representante de ordem de gestão do insolvente, se mantenha em funções dentro da empresa e actue como actuava anteriormente ao pedido de insolvência. Neste caso o mesmo atua com a supervisão do administrador de insolvência. Por isso, se os atos praticados pelo representante do insolvente^{67/68}, prejudicarem a massa insolvente quem responde pelos danos é o administrador de insolvência.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁶⁹ e outros autores⁷⁰, defendem que é necessário falar da existência de uma nova forma de despedimento, ou de cessação do contrato por iniciativa da entidade empregadora, quando a mesma é substituída pelo administrador de insolvência⁷¹.

Iremos pois aderir à solução destes autores no afastamento da caducidade dos contratos de trabalho nos casos de despedimento, quando não exista um encerramento definitivo da empresa.

O encerramento definitivo da empresa vem na sequência de não ter sido possível promover a sua rendibilização. Por isso, existe uma impossibilidade real do trabalhador poder realizar a pres-

⁶⁷COSTEIRA, Joana, em *Os efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho - A tutela dos créditos laborais*, 2ª ed, p. 48

⁶⁸ CARVALHO FERNANDES, Luís, em *Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, em RDES, 1-2-3, p. 24

⁶⁹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, em *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p.932.

⁷⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *Direito da Insolvência*, pp. 185, defende que é uma hipótese particular de resolução do contrato. Outros que subscreveram esta posição foram MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO e JOANA COSTEIRA.

⁷¹ Seria necessário fazer um esclarecimento dos requisitos para promover o despedimento quando é o administrador de insolvência o responsável pelas matérias de gestão da empresa.

tação do seu trabalho o que por si só faz cessar de forma quase automática o seu contrato de trabalho.

Contudo, na sentença de declaração de insolvência aponta-se para a medida do encerramento definitivo da empresa ou, em alternativa, possível, a medida de reestruturação da mesma. Assim, a partir do conhecimento da sentença, o administrador de insolvência poderá já definir os procedimentos a tomar relativamente aos contratos de trabalho.⁷²

No caso de não ocorrer um encerramento definitivo do estabelecimento, consideraremos que todas as cessações de contratos de trabalho devem responder aos moldes de despedimento promovidos pelo administrador de insolvência, previstos nos artigos 55.º do CIRE, 347.º e 359.º e ss., ambos do Código do Trabalho, conforme analisaremos adiante.

Neste mesmo sentido, encontramos o acórdão de 2016-07-05 (Processo n.º 6034/13.8TB-BRG-N.G1.S1), que teve por relator ANA PAULA BOULAROT, no qual é possível ler-se: *“I. A cessação do contrato de trabalho em sede de processo de insolvência, depois da declaração desta, através de despedimento coletivo, fez gerar na esfera jurídica do trabalhador, o direito a ser compensado nos termos previstos no art.º 366.º, n.º1 do C. Trabalho.”*

2.2 Despedimento dos Trabalhadores Dispensáveis

O n.º 2 do art.º 347.º do Código do Trabalho e o art.º 55.º do CIRE⁷³ dão uma nova perspetiva às competências do administrador de insolvência no que respeita a esta matéria, nelas introduzindo a possibilidade de efectuar o despedimento de trabalhadores não indispensáveis ao funcionamento da empresa.

⁷² Com a declaração a ditar o fim da empresa, ou seja, o encerramento não podemos considerar que haja um futuro, pensando na continuidade, dos mesmos pelo que automaticamente o administrador de insolvência teria de proceder ao fim dos mesmos através da figura da caducidade.

⁷³ A conjugação do n.º 2 do art.º 347.º do Código do Trabalho com o art. 55.º do CIRE, afirma claramente que se trata de uma competência exclusiva do administrador de insolvência.

JOANA COSTEIRA⁷⁴ considera esta possibilidade como fazendo parte de uma gestão diligente por parte do administrador de insolvência⁷⁵.

Mas o que devemos considerar ser um trabalhador indispensável ou dispensável? Como poderemos diferencia uns dos outros? Existe algum critério ao qual o administrador de insolvência possa recorrer por forma a poder classificar os trabalhadores nestes moldes?

Sobre estas questões não existe consenso doutrinário, nem definição óbvia que permita fazer a distinção entre dispensável e indispensável.

Sabemos que existem nas empresas funções de primordial importância, sem as quais o objecto das mesmas não é atingível. Há outras funções que, embora necessárias ao regular funcionamento das empresas, não têm um impacto essenciais nas operações.

Numa análise racional serão os trabalhadores que desempenham o primeiro tipo de funções aqueles que devem permanecer, enquanto que os que desempenham funções acessórias, e por isso não essenciais, a serem os que têm mais possibilidades de ser incluídos numa lista de despedimentos.

Logo, seguindo esta perspectiva, seria de considerar o despedimento de trabalhadores dispensáveis tendo principalmente em conta factores como conhecimento e formação técnica, e conhecimento do funcionamento da empresa, comportamento laboral e capacidade de liderança no caso das chefias.

O administrador de insolvência tem as competências que a lei lhe confere para proceder ao despedimento de trabalhadores dispensáveis, mas questiona-se se o mesmo terá os conhecimentos necessários para corretamente analisar todos os critérios de selecção acima descritos.

⁷⁴ COSTEIRA, JOANA, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no contrato de trabalho, a tutela dos créditos laborais*, 2017, 2ª Ed., p. 46

⁷⁵ Uma empresa pode ser viável com menos trabalhadores e os cortes nos custos com os trabalhadores pode ser um benefício para a situação actual da empresa em insolvência iminente.

Ao mesmo tempo questiona-se também se o administrador de insolvência tem correcto conhecimento sobre a forma de funcionamento da empresa em insolvência iminente.

Para além destas questões, deveria ser feita uma reflexão sobre quais as consequências⁷⁶, para o administrador de insolvência, relativas a eventuais erros que cometa durante a reestruturação.

Não deixa por isso de ser determinante a fase de seleção dos trabalhadores dispensáveis pois, por muito que o administrador de insolvência tenha competências neste campo, a verdade é que não existe um critério taxativo que a determine.

Alguns autores⁷⁷ definem o trabalhador indispensável como aquele que irá garantir mais rentabilidade a uma empresa. Não obstante, dificilmente um administrador de insolvência poderá determinar, antecipadamente, qual o trabalhador mais rentável. Pode até extrapolar-se, de trabalhador indispensável, para departamento indispensável da empresa⁷⁸. Aquele administrador que pretende garantir a rentabilização da empresa, mas toma como indispensável todo um departamento da empresa, não sendo capaz de reduzir nele custos de trabalho, pode correr riscos desnecessários quanto ao sucesso da reestruturação.

Podemos, mesmo assim, distinguir diversas situações tais como e.g.: no conjunto de trabalhadores de determinado sector, um trabalhador que aufera uma remuneração mais elevada pode prejudicar a situação de recuperação da empresa. Este poderia ser um motivo atendível quanto à

⁷⁶ LEONOR PIZARRO MONTEIRO, em *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*, pp. 45-46, questiona-se quanto a este ponto, indicando que a decisão do administrador de insolvência pode ser considerada ilícita e que o facto de indicarem que a lei deve sofrer adaptações neste caso pode tornar incompreensível a aplicação de regime sancionatório no regime de insolvência,

⁷⁷ CARVALHO FERNANDES, Luís, em *Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, p. 24 e VASCONCELOS, Joana, em *Insolvência do entidade empregadora e Contrato de Trabalho*, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. II*, p. 1102.

⁷⁸ Considero ainda que o termo de dispensabilidade dos trabalhadores está amplamente relacionado às necessidades actuais da empresa. E.g.: numa empresa de informática não faria sentido dispensar os técnicos informáticos de acordo com o objeto da própria empresa e manter postos não relacionados com o sector informático.

Pelo que, neste caso é necessário ter em atenção quais as necessidades reais da empresa no momento da seleção para garantir o bom funcionamento da mesma.

dispensabilidade mas, ao mesmo tempo, deveríamos questionar-nos se a remuneração deste trabalhador não é justificada pelo melhor conhecimento e desempenho em relação aos outros.⁷⁹.

Relembrando também o que anteriormente foi explanado, em conformidade com o art.º 53.º da Constituição da República Portuguesa, existe uma garantia constitucional que versa sobre o direito da manutenção do posto de trabalho. Quando tal não seja possível, há que ter em consideração a instabilidade que os despedimentos, por dispensabilidade, podem criar num estabelecimento. Os despedimentos podem criar nos trabalhadores não dispensados uma sensação de dúvida quanto ao futuro da empresa, podendo assim criar situações de constrangimento e consequentemente falhas de produção que podem afetar o bom funcionamento da mesma. Esta situação pode vir a ser determinante para a possível rentabilização da operação e, assim, por em questão a recuperação da empresa.

Contudo, o administrador de insolvência, a qualquer momento e em qualquer decisão a tomar, deve agir com diligência⁸⁰ e com o comportamento de um *bonus pater familias*⁸¹, evitando o agravamento da situação económica da empresa insolvente. Para tanto, pode legalmente promover o despedimento de trabalhadores dispensáveis^{82/83} para benefício do objetivo de rentabilização da empresa em situação de insolvência iminente.

⁷⁹ Não quero com isto dizer que uma pessoa que aufera um rendimento inferior não detenha o mesmo conhecimento que um trabalhador com um rendimento superior mas podemos considerar que num sentido lógico, pessoas com rendimentos mais altos serão estes que, de certa forma, foram contratados para garantir o sucesso da mesma.

⁸⁰ CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, em *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*, 3ª Ed, nota 14, p. 332 - Deve ser um gestor criterioso e ordenado, e agir da forma mais favorável e proveitosa para a melhor tutela dos interesses dos credores.

⁸¹ No direito romano, este termo, traduzido à letra significa “bom pai de família” se refere a um padrão de cautela, análogo ao do homem razoável, pelo que seria uma pessoa consciente na toma de decisões, cauteloso e diligente sempre considerando a melhor situação possível nas suas decisões e não tomando decisões que pudessem agravar a situação.

⁸² Neste sentido o Tribunal da Relação de Coimbra pronunciou-se no acórdão de 17/07/2010, Proc. n.º 562/09.7T2AVR-P.C1.

⁸³ O conceito de dispensabilidade está inevitavelmente ligado ao regime de cessação do contrato de trabalho.

Segundo JOÃO LABAREDA e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES⁸⁴, é necessário ter em conta que o administrador de insolvência está sujeito ao dever de obediência à comissão e assembleia de credores, pelo que os atos praticados devem ser em concordância com estes e podem até, alguns desses actos, obrigar à autorização prévia dos credores⁸⁵.

Mas, será o despedimento uma das decisões em que o administrador de insolvência deve consultar os outros órgãos da insolvência? O administrador de insolvência poderá ser capaz de resolver todas as questões sobre os contratos de trabalho, sem ter de realizar uma consulta prévia aos outros órgãos de insolvência. Contudo, o administrador de insolvência pode consultar os outros órgãos da insolvência, como forma de garantir que os mesmos concordam com as decisões que considera dever tomar quanto à promoção da dispensa de trabalhadores. Assim, o administrador de insolvência garante, à partida, que as decisões que tomar serão consensuais e, com maior probabilidade, positivas para a situação económica da empresa.

CATARINA SERRA⁸⁶ vai mais longe e implica a sujeição do Administrador de insolvência ao dever de apresentação da sociedade à insolvência, o que lhe impõe um dever de cuidado mínimo⁸⁷ na gestão da insolvente. Este dever de cuidado traduz-se na conduta, expectável, relativamente à estrita observância dos deveres que lhe incumbem, bem como ao modo diligente, criterioso e ordenado, que deve imprimir na sua actuação⁸⁸.

⁸⁴ CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, em *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*, 3ª Ed. Nota 13, p. 332.

⁸⁵ O administrador de insolvência tem o dever de informar tudo o que seja do interesse dos credores, como tem o direito a obter informações que possam ser úteis para a melhor realização da sua prestação tendo em conta que o mesmo deve fazer a melhor gestão da massa insolvente com vista a satisfazer futuramente os credores. Toda a informação que venha a ser solicitada pela comissão, juiz ou outros órgãos da insolvência devem ser entregues o antes possível e sempre forma completa, elucidativa, clara isenta, verdadeira, atual, objetiva e lícita. O dever de informação vem regulado no art.º 61.º n.º1 do CIRE.

⁸⁶ SERRA, Catarina, em *Lições de Direito da Insolvência*, 2018, p. 182.

⁸⁷ O artigo 64º do CSC faz relação ao dever de cuidado que deve os cargos de administração de uma empresa atender, neste sentido, é possível fazer ligação entre este dever ao dever do administrador de insolvência.

⁸⁸ Sílvia Marina da Costa Oliveira, Dissertação em Ciências Jurídico-Empresariais, com menção em Direito Empresarial, Sob a Orientação do Professor Doutor Ricardo Costa, Coimbra 2017, tema: *A Responsabilidade do Administrador da insolvência*, p. 23

Caso a conduta do administrador de insolvência origine prejuízos, por não cumprimento do dever de cuidado, terá o mesmo de indemnizar⁸⁹ os credores por esses prejuízos, conforme estipulado no n.º 3 do art.º 82.º do CIRE e art.º 18.º do Estatuto do Administrador Judicial. No entanto, estes últimos artigos referem que essa indemnização apenas terá lugar no caso de actuação dolosa ou negligente do administrador de insolvência, que por falhas de conduta originem prejuízos que conduzam a uma diminuição da massa insolvente.

Conforme referido, é difícil exemplificar, especificadamente, qual a conduta mais correta na seleção de colaboradores dispensáveis. Neste capítulo, não havendo uma fórmula certa e taxativa para essa seleção, na qual o administrador de insolvência possa encontrar proteção, tornar-se-á muito difícil a exigência de indemnizações por prejuízos causados⁹⁰. Cabe-lhe assim agir, mesmo que de forma subjetiva, de forma justa e urbana e, ao mesmo tempo, procurar consensos com os outros órgãos da insolvência.

Portanto, exige-se no administrador de insolvência a prática de actos conscientes e reflectidos. Se essa diligência não for efetiva e forem causados, distinguem-se dois tipos de danos: diretos e indirectos. CATARINA SERRA⁹¹ indica que, nos casos de danos directos⁹², os mesmos derivam de uma conduta ilícita por parte do administrador de insolvência, pelo que este terá infringido uma disposição legal ou contratual, relativa à proteção de interesses dos credores. Já em caso de danos indirectos⁹³ haverá lugar ao ressarcimento dos credores.

⁸⁹ Trata-se de uma norma de carácter processual, que remete para as normas substantivas constantes presentes nos artigos 78.º e 79 do Código das Sociedades Comerciais.

⁹⁰ Não foi possível encontrar enquadramento a situações de dolo ou negligência no caso da dispensabilidade de trabalhadores. Pelo que é minha opinião que é de difícil enquadramento desde que o administrador mantenha uma conduta conforme o dever de cuidado mínimo.

⁹¹ SERRA, Catarina, em *Lições de Direito da Insolvência*, 2018, pp. 181.

⁹² Os danos directos refletem-se na esfera do credor sem intermediação do património da sociedade e são de responsabilidade extracontratual pela violação dos Arts. 18.º e 19.º do CIRE, que remete ao regime geral da responsabilidade civil no art.º 483.º n.º1 do Código Civil.

⁹³ Os danos indirectos refletem-se também na esfera do credor com intermediação do património da sociedade, nos quais é aplicado o art.º 78.º do CIRE. Apenas ocorrem danos porque o património da sociedade diminui.

JOANA COSTEIRA⁹⁴ levanta questões quando à legitimidade de despedimentos por parte do administrador de insolvência. Analisando esta posição e as funções do administrador de insolvência⁹⁵ subsiste alguma dificuldade no suporte desta posição. Trata-se de uma matéria em que, pela leitura do n.º 2 do art.º 347.º do Código do Trabalho, a legitimidade do administrador é suportada.

LEONOR PIZARRO MONTEIRO⁹⁶ entende que não é um poder livre e discricionário o do administrador de insolvência, uma vez que a lei circunscreve apenas o despedimento de trabalhadores cuja colaboração não seja indispensável ao funcionamento da empresa.

Por sua vez, JOANA COSTEIRA⁹⁷ entende que é relativamente discricionário, visto que as decisões do administrador de insolvência poderão ser alvo do controlo dos outros órgãos da insolvência⁹⁸.

Não obstante, sempre diremos que poderá haver um meio termo entre os entendimentos das autoras e que seria possível considerar ser relativamente discricionário o poder do administrador quando ao despedimento. É verdade que a lei é condicionante, no sentido de despedimento ser aplicado apenas aos funcionários considerados dispensáveis. Contudo, e por outro lado, o despedimento é sempre promovido e decidido pelo administrador de insolvência, sem que antes tenha qualquer obrigação de consultar os outros órgãos de insolvência⁹⁹.

Mesmo assim, é necessário ter em conta que o administrador de insolvência não poderá manter, em momento algum, os outros órgãos da insolvência no desconhecimento das suas deci-

⁹⁴ COSTEIRA, JOANA, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no contrato de trabalho, a tutela dos créditos laborais*, 2017, 2ª Ed., p. 46

⁹⁵ Cfr. CIRE, Código do Trabalho e Estatutos do Administrador Judicial.

⁹⁶ PIZARRO MONTEIRO, Leonor, em *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*, 2017, p. 38.

⁹⁷ COSTEIRA, JOANA, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no contrato de trabalho, a tutela dos créditos laborais*, 2017, 2ª Ed., p. 48

⁹⁸ A autora JOANA COSTEIRA faz citação a MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO em *Aspetos Laborais da Insolvência, Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, em Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, p. 699.

⁹⁹ Assim, sendo decisão apenas do administrador de insolvência apenas responde quando as mesmas já tiverem sido executadas.

sões. Torna-se para claro que, sendo um gestor diligente, deve o administrador de insolvência promover a comunicação entre as partes ¹⁰⁰.

No caso de despedimento de trabalhador dispensáveis e o administrador de insolvência utilizar a modalidade de despedimento prevista para o despedimento coletivo, conforme o art. 359º e ss. do Código do Trabalho, este terá de, nesse procedimento, incluir adaptações ao art.º 360.º do Código do Trabalho^{101/102}, cfr. n.3 do art.º 347º do Código do Trabalho.

Tenhamos em conta que estamos numa situação de insolvência iminente e que, tomada a opção de promover uma reestruturação, existe a necessidade de poder alargar os fundamentos para despedimento de trabalhadores. Esta necessidade apenas existe porque, como vimos anteriormente, a declaração de insolvência não é motivo suficiente para o justificar.

JOANA COSTEIRA¹⁰³ defende que seria fundamento bastante a insolvência iminente, para que todo e qualquer despedimento seja considerado ilícito, e para que seja o despedimento afastado das negociações, previstas no art.º 361.º do Código do Trabalho¹⁰⁴.

Abordando agora as adaptações referidas ao art.º 360.º do Código do Trabalho, verificamos que a sua introdução é motivo de discórdia doutrinária.

Mais uma vez é possível encontrar um vazio na lei, sem solução aparente, e não existe forma segura de interpretar o entendimento do legislador quanto adaptações que considerou possíveis a

¹⁰⁰ Nos termos do n.º 2 do art.º 374.º do CIRE.

¹⁰¹ As adaptações ao art.º 360.º são várias, desde num momento inicial que indica o motivo, em que assume uma forma especial, visto que aligeira o regime geral. Não existe obrigatoriamente uma fase de negociação e de informação, que a doutrina por regra considera inútil e inadequada.

¹⁰² Neste sentido pronunciaram-se os seguintes autores, COSTEIRA, Joana, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no contrato de trabalho, a tutela dos créditos laborais*, 2017, 2ª Ed., p. 53; LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, em *Direito de Insolvência*, p. 185-186; CARVALHO FERNANDES, Luís A., em *Efeitos da declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in RDES, 1-2-3, p. 234

¹⁰³ COSTEIRA, JOANA, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no contrato de trabalho, a tutela dos créditos laborais*, 2017, 2ª Ed., p.55.

¹⁰⁴ Isto não significa que o trabalhador não tenha direito à compensação/indemnização nos termos do processo de insolvência, apenas é negociada em outro momento que não o da cessação.

este artigo. Neste sentido, existem várias posições quanto às adaptações possíveis ao mesmo artigo, mas nenhuma que seja uma solução definitiva. Ora vejamos:

LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO¹⁰⁵ concorda com uma forma especial em que se afastam do procedimento de despedimento colectivo as fases de negociação¹⁰⁶ e de comunicação. Fá-lo com a fundamentação específica, baseada no entendimento de que a insolvência, só por si, é bastante, evitando assim custos indemnizatórios imediatos, o que poderia levar a um agravamento da situação da empresa.

CATARINA SERRA¹⁰⁷ afasta as adaptações do art.º 360.º do Código do Trabalho indicando que, ao despedimento de trabalhadores, aplica-se o regime do despedimento coletivo, no qual o insolvente fica na obrigação de compensar os trabalhadores despedidos, conforme n.º 5 do 347.º do Código do Trabalho. Pelo que, tendo em conta que os trabalhadores ficam com o direito a serem indemnizados pelo insolvente, seria então expectável que os mesmos passassem para a categoria de credores garantidos ^{108/109/110}, através do fundo de garantia salarial e como credores privilegiados, conforme iremos analisar adiante.

Neste sentido, LEONOR PIZARRO MONTEIRO¹¹¹ não considera que os despedimentos, com adaptações ao art.º 360.º do Código do Trabalho, possam ser considerados despedimentos coletivos, embora a própria lei o determine.

¹⁰⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *Direito de Insolvência*, 3ª Ed. pp. 185-186

¹⁰⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *Direito da Insolvência*, 3ª Ed. p. 207, indica que qualquer negociação feita neste momento poderia agravar a situação económica da empresa

¹⁰⁷ SERRA, Catarina, em *Lições de Direito da Insolvência*, 2018, p. 190.

¹⁰⁸ Gozam de um privilégio mobiliário especial e um privilegio crematório mobiliário geral. Pelo que serão graduados em primeiro lugar, frente aos créditos comuns e créditos subordinados, pelo que adquire uma prioridade no pagamento.

¹⁰⁹ Nesse sentido existe também o acórdão do STJ n.º8/2016, de 23 de Fevereiro de 2016, Proc. 1444/08.5.TBAMT-A.P1.S1-A. pode ler-se “Fazer prevalecer totalmente a segurança de alguns (os credores hipotecários) sobre razões elementares de justiça para com outros sujeitos – os trabalhadores – a cujos direitos o legislador conferiu um grau máximo de proteção porque ligados à sobrevivência económica e à dignidade humana (...) As instituições bancárias pouco lesadas ficariam, dada a desproporção entre as dívidas em salários/indemnizações (...)”

¹¹⁰ No Acórdão do STJ, de 16-06-2016, Proc. 775/12.4TTMTS.P3.S1, Que teve por relator Gonçalves Rocha, é possível ler-se “A decisão do administrador de insolvência de fazer cessar o contrato de trabalho duma trabalhadora faz nascer para esta o direito a ser paga pela massa insolvente, pois trata-se duma dívida constituída no decurso do processo de insolvência e no exercício da atividade do administrador.”

¹¹¹ PIZARRO, Leonor, em *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*, pps. 45 a 47.

No acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 814.14.4TJVN-F.G1, de 15-03-2016, que teve como relator ISABEL ROCHA, é possível verificar que a decisão tomada contraria a opinião de autores como LEONOR PIZARRO MONTEIRO, indicando que deve ser feita uma interpretação extensiva no sentido da aplicação dos despedimentos coletivos, com adaptação ao art.º 360.º do Código do Trabalho. No acórdão pode também ler-se que “*concluindo-se que a letra do seu texto fica aquém do espírito da lei, pois que a fórmula verbal adotada peca por defeito, por dizer menos do que aquilo que pretendia (art.º 9.º do CC).*”. Assim, conclui-se que a solução do legislador poderia ter sido mais completa quanto à formulação do art.º 347.º do Código do Trabalho.

Por sua vez, PEDRO ROMANO MARTINEZ¹¹² considera que a remissão para o procedimento do despedimento coletivo, permite aos trabalhadores não serem confrontados com a cessação imediata e não prevista do contrato¹¹³.

Por tudo o que atrás ficou dito sobre o despedimento de trabalhadores dispensáveis podemos concluir que o administrador pode promover o despedimento de trabalhadores dispensáveis, sempre que se traduza num benefício para a estrutura da empresa ou rentabilização da mesma;
Que ao promover o despedimento de trabalhadores dispensáveis deve sempre fazê-lo de forma cuidada e estruturada, para garantir sucesso na toma dessa decisão;
Isto para que não se levantem problemas posteriores, e considerando válidas as opiniões de LEONOR PIZARRO MONTEIRO e da Jurisprudência referida;
Que, mesmo assim, não é clara a forma como seria feita a adaptação aos despedimentos coletivos pelo que, mesmo indicando o preceito legal que tem que ser aplicado, a forma de despedimento coletivo com as adaptações necessárias pode, desta forma, não ser considerado como um despedimento colectivo, mas sim, de despedimentos individuais, de um ou mais trabalhadores, de acordo com a necessidade da empresa desde que fundamentado;
Que os preceitos legais foram demasiado simplificados e não respondem, pelo mínimo, às questões que se colocam;

¹¹² ROMANO MARTINEZ, Pedro, em *Código do Trabalho Anotado*, 7ª ed. pps. 739-741

¹¹³ Diretiva n.º98/59/CE, Conselho, de 20 de julho.

Que esperar-se-ia que o legislador tivesse alargado, na letra da lei, os conceitos, de forma a que fosse possível o entendimento que quis imprimir na legislação. Desta forma encontrar-se-ia uma linha de direção para que se pudesse responder a questões às quais até então não tinha sido possível;

Que as adaptações do art.º 360.º do Código do Trabalho são sempre relativas às matérias respeitantes de comunicação e de fundamentação de despedimento;

Que não é a insolvência fundamento bastante para o despedimento, com exceção feita nos casos de encerramento definitivo do estabelecimento. Neste caso, poderemos considerar que assim é, desde que extinto por caducidade, o que é diferente do que analisado neste capítulo;

Que a insolvência seria fundamento bastante para o despedimento, sem preencher outros requisitos considerados principais no despedimento de trabalhadores, à luz do código do trabalho;

Que o argumento de LEONOR PIZARRO MONTEIRO é interessante quando considera que esta adaptação poderia afastar, de certa forma, o despedimento colectivo e poderia traduzir-se um despedimento individual de um ou mais trabalhadores;

Que o argumento de uma reestruturação de uma empresa seria fundamento bastante para a promoção do despedimento.

2.3 O Administrador judicial de Insolvência e o Despedimento de trabalhadores

O administrador judicial provisório tem poderes similares aos do administrador de insolvência¹¹⁴. Neste sentido, podemos questionar porque motivo ao administrador judicial provisório está vedada a matéria relativa ao despedimento de trabalhadores, mesmo que as decisões tomadas por este sejam de carácter urgente.

Na perspetiva de JOANA COSTEIRA¹¹⁵ e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹¹⁶ o administrador judicial provisório não tem os mesmos poderes de decisão que o administrador de insolvência definitivo, pelo que o mesmo não poderia decidir quanto ao despedimento de trabalhadores.

¹¹⁴ cfr. Art.º 33 do CIRE, encontramos a suas competências.

¹¹⁵ COSTEIRA, Joana, em *Os efeitos da Declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho - A tutela dos créditos laborais*, 2ª ed, p. 47

¹¹⁶ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, em *Aspetos Laborais da Insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas em Estudos em memória do Professor doutor José Dias Marques*, p. 698

Em sentido diverso, outros autores, consideram que ao administrador judicial provisório deveriam ser reconhecidos poderes similares aos do administrador de insolvência definitivo, como e.g. a perspectiva de JULIO MANUEL VIEIRA GOMES¹¹⁷. Este autor afirma que, enquanto não tiver sido nomeado um administrador de insolvência definitivo, deve o provisório ter poder de decisão, o que, cremos, é um procedimento razoável para os destinos da empresa. No entanto a obstaculizar este entendimento, estão os limites legais¹¹⁸ que impossibilitam o administrador provisório da toma destas decisões.

Sendo esta uma matéria de interesse e benefício da massa insolvente, não parece razoável postergar até haver administrador de insolvência definitivo nomeado. Deste modo, o administrador provisório deveria poder tomar as decisões necessárias para assegurar a viabilidade económica da empresa.

Convém no entanto ter sempre presente que o administrador de insolvência, provisório ou definitivo, tem deveres próprios e as suas decisões nunca devem colocar em causa a massa insolvente, ou seja, nunca devem contribuir para uma maior deterioração da situação da empresa. Assim, tendo o administrador provisório os mesmos deveres do administrador de insolvência não se encontra motivo bastante para que seja impossibilitado da tomada de decisões, exigíveis face à situação concreta da empresa. Considerando a possibilidade do administrador judicial provisório agir com demora ou negligência, este é responsabilizado, nos mesmos termos do administrador definitivo.

Parece ilógica a introdução da figura de administrador judicial provisório no Estatuto de Administrador Judicial quando ao mesmo é vedado o poder de decisão e parte-se do princípio que a sua criação é motivada pelas necessidade da insolvência. Vedar-lhe o poder de decisão, quando se está perante uma situação de emergência que obriga, tão rápido quanto possível, a estancar e reduzir custos da empresa, não parece ser razoável e pode traduzir-se na continuidade da deterioração da situação.

Contudo, é pertinente a distinção entre ambas as figuras de administrador de insolvência, desde que ela não determine uma exigência que iniba o administrador judicial provisório de actuar

¹¹⁷ GOMES, Júlio Manuel Vieira, em *Direito do Trabalho*, Vol. I, p. 938.

¹¹⁸ Há que ter em atenção que estes mesmos limites legais vedam o Administrador de Insolvência.

num momento crítico em que se torna necessária resposta rápida e eficaz. Torna-se assim necessário distinguir o papel do administrador judicial provisório. Qual a sua importância no processo de insolvência numa situação em que ainda é possível uma tentativa de reestruturação.

Dito isto, a introdução do administrador judicial provisório no processo não conduz a significativos efeitos práticos. Para ultrapassar esta situação, aparentemente pouco eficaz, ter-se-ia como útil a atribuição de poder de decisão que permitisse agir nas situações necessárias, até à nomeação do administrador definitivo.

Conclui-se assim que, limitar ou vedar o poder de decisão, formal ou legalmente, ao administrador judicial provisório, é sempre contrário ao interesse geral do insolvente e dos seus credores.

Nestes termos, parece que a introdução no processo de insolvência da figura de administrador provisório não terá tido outra finalidade senão a de, num primeiro momento, poder evitar-se um prematuro encerramento definitivo do estabelecimento, abordando desde logo a possibilidade de reestruturação.

O papel do Administrador judicial provisório pode ser decisivo nos primeiros momentos da intervenção, pelo que, não havendo consenso entre os vários autores que se tem debruçado sobre esta matéria, poderemos considerar que o mesmo pode praticar todos os actos que são da competência do administrador de insolvência definitivo, até à sua nomeação.

3. A solução apresentada no Regime Espanhol - “*Ley Concursal*”

O regime jurídico espanhol apresenta soluções interessantes e inovadoras às questões que foram analisadas até agora nos capítulos anteriores. Por isso mesmo, neste capítulo, analisaremos estas soluções, perspetivando-se novas soluções legislativas.

No regime Espanhol é possível encontrar algumas respostas, através da “*Legislación Concursal*”¹¹⁹, a qual poderá ser analisada e, até, estudada a possibilidade de implementar algumas destas soluções no nosso regime jurídico.

¹¹⁹ Ley 22/2003, alterada pela Ley 9/2015, de 25 de maio.

Durante o estudo realizado sobre regime espanhol encontram-se, diversas vezes, remissões a um “Direito Laboral Concursal” havendo, neste sentido, um direito específico, a regular as relações de trabalho num processo de insolvência.

No entanto, a existência do instituto de direito laboral concursal é recusado por autores como JESUS MERCADER e MARIA TERESA ALAMESA¹²⁰. Para estes, aquele regime está regulado de forma dispersa e não sistematizada, pelo que não aceitam a existência de um ramo do direito específico. No estudo analisado foi possível ler-se: “*existían, eso sí, referencias normativas no específicamente dirigidas a supuestos concursales, pelos aplicables también a ellos (vicisitudes contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción - modificaciones, suspensiones, despidos) y alguna referencia aislada a la extinción de los contratos de trabajo en supuestos de declaración de quiebra cuando los síndicos hubieran decidido no continuar la actividad*”.

Concordando com estes autores, podemos afastar a existência deste ramo especial e confirmar que houve uma preocupação real por parte do legislador espanhol em resolver as dúvidas que iam surgindo, quanto à situação dos trabalhadores, nos contratos de trabalho. Desta maneira, o regime ficou de tal forma estruturado e concreto que outros autores consideraram tratar-se de um ramo especial do Direito.

O princípio base da legislação referente à insolvência em Espanha é o *princípio da preservação da massa insolvente*, previsto no art.º 43.º da *Ley Concursal*, o qual visa todos os passos dados pela administração¹²¹, e posteriormente pelo juiz, os quais devem ser sempre atos de boa gestão e de imbuídos de uma conduta diligente, de forma a que exista a melhor preservação da massa da empresa insolvente ou em situação de insolvência iminente.

Na legislação espanhola encontramos os artigos 60.º a 70.º da *Ley Concursal*, que versa sobre contratos de trabalho de empresas numa situação de insolvência ou situação iminente de insol-

¹²⁰ JESUS MERCADER e MARIA TERESA ALAMESA, em *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora, p.1191.

¹²¹ A administração funciona como um fiduciário da empresa. O mesmo mantém a posse dos bens pertencentes à empresa até à fase de liquidação.

vência. Este artigos pretendem esclarecer os efeitos que surgem nestas situações, quanto contratos de trabalho que foram celebrados durante a atuação da empresa, até à data do requerimento da insolvência, bem como o que acontece aos mesmos após essa data.

Iniciando a análise do regime espanhol daremos ênfase aos contratos em geral, conforme art.º 61.º da *Ley Concursal*, o qual prevê o princípio da continuidade contratual.

Contudo, verifica-se que, o facto de uma empresa se encontrar em dificuldades, e poder estar num ponto de ruptura, não é motivo suficiente para resolver os contratos em questão.

Em Espanha, o princípio da conservação da empresa é reconhecido pelo direito da insolvência e é projetado de forma muito positiva nas relações contratuais. Isto porque, não provocando efeitos diretamente nos contratos, os mesmos continuarão a produzir os seus efeitos, tal como se não houvesse declaração de insolvência.

Neste sentido, parece existir um interesse em estruturar e recuperar a empresa que se encontra em dificuldades.

AURORA MARTINEZ FLÓREZ¹²², considera que os artigos 61.º e 62.º da *Ley Concursal* são de importância fundamental porque vêm dar respostas às relações entre as partes contratuais e especificar a quem cabe a legitimidade para agir, quanto aos contratos celebrados e à sua possível denúncia.

Existe, contudo, a necessidade de uma análise aos contratos em questão. Autores como MARÍA GOMEZ MENDONZA¹²³ indicam haver necessidade de catalogar os contratos¹²⁴ de duas formas: contratos benéficos à massa insolvente, e.g. contratos celebrados com um valor mais baixo

¹²² MARTINEZ FLÓREZ, Aurora, em *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora, p 1116.

¹²³ GÓMEZ MENDOZA, MARÍA em *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, p. 1139.

¹²⁴ “Lo que importa recalcar ahora es que la Ley Concursal (artículos 61 a 70) da una respuesta tajante a muchos de los interrogantes, establece el principio de vigencia de todos los contratos con obligaciones reciprocas, sin perjuicio de poder recurrir al juez para que resuelva alguna relación cuando sea conveniente al interés del concurso y regula, pasado también por el Juez, las consecuencias del incumplimiento tanto posterior como anterior al concurso.” (...) “el régimen es atrevido y original, pues, como veremos, se aparta no sólo de lo preconizado por la doctrina española hasta la fecha sino de lo legislado en otros países” em *Comentarios a la legislación Concursal*, Tomo II, p. 1142

de mercado; e contratos prejudiciais à massa insolvente, e.g., aqueles que são demasiado onerosos ao ponto de serem prejudiciais num plano de reestruturação da empresa.

Esta catalogação afigura-se relevante porque é necessário atender que, na situação de insolvência iminente, é a massa insolvente que vai continuar a cumprir as obrigações perante aos contratos que tem continuidade. Neste sentido, todos os contratos que possam ser prejudiciais à massa insolvente devem ser resolvidos de forma a não agravar a situação atual da empresa.

Existem também opiniões que, de certa forma, poderão contrariar o entendimento geral, como a de AURORA MARTINEZ FLÓREZ¹²⁵ a qual advoga que podem ficar de fora contratos que estejam em formação, ou seja, todos aqueles que esperam a sua celebração, mas que por algum motivo como, e.g., a falta de consentimento de uma das partes, fez com que à data da declaração da insolvência não tivesse ainda sido celebrado. Para esta autora, estes contratos excluem-se do enquadramento do artigo analisado, pelo que os mesmos não produziriam qualquer efeito e não teriam qualquer possibilidade de continuidade.

Nesse sentido, o n.º 3 do art.º 61.º da *Ley Concursal* é de extrema importância no regime da cessação dos contratos em situação de insolvência, pois estabelece que todas as disposições escritas que indiquem que a insolvência ou a situação económica difícil de uma empresa sejam motivo de rescisão contratual, têm-se por não escritas.

AURORA MARTINEZ FLÓREZ¹²⁶ considera que o artigo acima referido determina o total vazio de eficácia daquelas disposições, garantindo assim a existência de uma continuidade contratual e o funcionamento da empresa desde que os contratos lhe sejam favoráveis para a operação da mesma.

Deste modo, e como forma de resolver os contratos que sejam prejudiciais à massa insolvente, a legislação espanhola determina a sua forma de resolução no n.º 2 do art.º 61.º da *Ley Concursal*, que por sua vez remete ao n.º 2 do art.º 84.º da *Ley Concursal*, com epígrafe “*Créditos concur-*

¹²⁵ MARTINEZ FLÓREZ, AURORA em *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigido por Ángel Rojo e Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora, p. 1121

¹²⁶ MARTINEZ FLÓREZ, AURORA, em *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltran, Thomson Vivitas Editora, p. 1116.

sales y Créditos contra la masa”, os quais versam sobre os poderes do Juiz (*Juez de lo mercantil*) para que o mesmo possa resolver todos os contratos que sejam contrários ao interesse da massa insolvente.

O Juiz poderá então decidir quanto ao futuro dos contratos de trabalho e, sucessivamente, procederá à negociação dos termos de resolução dos contratos, apresentando as indemnizações que serão pagas no termo do contrato, de acordo com as regras estabelecidas no art.º 84.º da *Ley Concursal*.

AURORA MARTINEZ FLÓREZ¹²⁷ defende que a resolução terá que ser declarada pelo juiz, afastando a autonomia das partes i.e. uma resolução meramente convencional pelo que, em caso excepcionais, e verificando-se a existência de um acordo resolutivo entre as partes, ele terá sempre que ser homologado pelo juiz por forma a produzir esses efeitos na resolução do contrato.

Aqui já podemos encontrar algumas diferenças com o regime português.

Comparando este regime de resolução de contrato com o regime português, verifica-se que estas desigualdades começam no que se refere às competências. Como vimos, no regime espanhol as mesmas são competência especial do juiz, enquanto que no regime português estão elencadas nas funções do administrador de insolvência, com eventual consulta de outros órgãos da insolvência.

Assim, o regime Espanhol parece apresentar uma solução mais eficaz para algumas situações concretas.

O art.º 62.º da *Ley Concursal*, dá resposta à resolução de contratos por motivo de incumprimento contratual, pelo que no caso de se verificar o incumprimento por uma das partes durante a insolvência, é automaticamente afastada qualquer aplicação deste artigo, de acordo com o que dispõe o art.º 61.º da mesma lei. Havendo uma situação de incumprimento, pode o juiz, neste caso, tentar chegar a um acordo de cumprimento¹²⁸ das obrigações, de forma a resolver os problemas

¹²⁷ MARTINEZ FLÓREZ, AURORA, em *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo I, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltran*, Thomson Vivitas Editora, p.1152

¹²⁸ O benefício de um acordo homologado pelo juiz é principalmente o facto de ficarem suspensas quantias relacionadas a juros de mora.

causados pelo incumprimento. No caso contrário, este contrato resolve-se pela via do mecanismo dos incidentes abertos pela insolvência.

Por seu lado, o art.º 63º da *Ley Concursal* regula o mecanismo da denúncia unilateral dos contratos antes da insolvência por qualquer sujeito vinculado pelo contrato, desde que esteja dentro do enquadramento legal.

Agora, entrando diretamente no tema relativo à extinção dos contratos de trabalho na insolvência, que temos vindo a analisar e a propor para ele soluções, encontram-se respostas na legislação espanhola que não foram disponibilizadas no nosso sistema jurídico.

Assim, o art.º 64.º da *Ley Concursal* que tem como epígrafe “*Contratos de Trabajo*”, analisa em profundidade os efeitos da insolvência nos contratos de trabalho, mas é necessário atender a que este art.º só abrange o contrato de trabalho relativos a trabalhadores comuns. Ou seja, o seu âmbito de proteção não é extensível aos contratos de administradores e altos cargos da empresa que são reconduzidos à aplicação do disposto no art.º 65.º da *Ley Concursal*.

Então e qual é o objeto da análise do art.º 64º da *Ley Concursal*?

O art.º 64º da *Ley Concursal* regulamenta eventuais alterações, que se considerem necessárias, aos contratos de trabalho e os efeitos suscitados quanto aos contratos de trabalho durante a insolvência, seja através da suspensão do contrato de trabalho, de alterações ao mesmo ou, ainda, à necessidade de despedimento de trabalhador.

Analisando em profundidade esse art.º constata-se que no seu n.º1 este abrange as competências do juiz relativamente a todas as possibilidades de alterações ou efeitos que possam ser suscitados num contrato de trabalho. Na formulação deste preceito verifica-se que dela decorre a obrigação a que todas as autoridades laborais e empregadoras remetam ao juiz todas as informações relativas aos contratos de trabalho e à situação da empresa, de forma a que o mesmo tenha conhecimento suficiente e possa agir.

Vejamos o que refere a 1ª parte do nº1 do art.º 64º da *Ley Concursal* onde é possível ler-se o seguinte: “*Los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter*

colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.”.

Sobre texto acima citado verifica-se, e não queria deixar de o sublinhar, que se parte sempre do pressuposto que qualquer alteração aos contratos de trabalho é de carácter coletivo.

Não obstante, isto não significa que a insolvência seja fundamento bastante para que se proceda a quaisquer alterações aos contratos de trabalho, nesse sentido IGNÁCIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN¹²⁹ faz remissão do art.º 64.º ao art.º 154.º ambos da *Ley Concursal* e deixa explícito que opera o princípio da continuidade dos contratos de trabalho, independentemente da abertura da insolvência, remetendo para o art.º 44.º n.º1 da *Ley Concursal* com a epígrafe “*Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial*”.

Se procedermos à junção dos nº 2 do art.º 61.º e art.º 64.º ambos da *Ley Concursal* podemos constatar isso mesmo, é que com a continuação do exercício da atividade (que seria como um plano de insolvência no regime jurídico português, previsto no artigo 192.º do CIRE¹³⁰) é então conservado, como o princípio indica, o emprego, a empresa, o funcionamento da mesma, manifestando uma ideia de continuação geral da empresa.

Claro que, mesmo que o princípio seja o da continuidade do exercício da atividade profissional, tal não obstará a que não possam surgir efeitos nos contratos de trabalho. Porém para que surjam efeitos ou para que seja decidido nesse sentido deverá o administrador (figura equivalente ao nosso administrador de insolvência) formular um requerimento ao juiz e aos representantes dos trabalhadores (comissão de trabalhadores, no nosso sistema jurídico) no qual requeira o pedido de alteração, suspensão ou rescisão dos contratos de trabalho, aplicando o n.º 4 do art.º 44.º e as regras do art.º 64.º ambos da *Ley Concursal*.

A competência para operar alterações aos contratos é apenas do juiz pelo que de acordo com o art.º 64.º da *Ley Concursal*, que é o único art.º que regula todos os efeitos que possam surgir num contrato de tra-

¹²⁹ ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote, em *Comentarios a la Legislación Concursal, orientación de Juan Sánchez Calero e Vicente Guillarte Gutierrez*, 2004, Lex Nova Editorial, p. 1200

¹³⁰ O plano de insolvência procura a reestruturação da empresa.

balho e também onde podemos encontrar os poderes que são conferidos ao juiz para poder agir e/ou decidir todas as matérias que incluam os contratos de trabalho, tal competência encontra-se no n.º 6 do art.º 64.º da Ley Concursal.

Não obstante, tal não implicará que a legislação de insolvência - concursal - se sobreponha às normas do Direito de Trabalho - *Derecho Laboral*. Houve uma preocupação por parte do legislador espanhol em realizar uma aproximação de ambos os tipos de direito prevista nos artigos 51.º e 57.º dos *Estatutos de los Trabajadores* e o n.º11 do art.º 64.º da *Ley Concursal* que prevêem que quando exista a necessidade de proceder ao despedimento, o mesmo terá de cumprir com o dispositivo normativo do direito do trabalho dentro do procedimento *concursal*.

Estas alterações abrangem as modificações ao contrato quanto à jornada de trabalho, horários, localização da prestação, trabalhos à turnos, sistemas de remuneração entre outras, que são sempre funções exclusivas do juiz, tendo em conta que as mesmas serão sempre em benefício da massa insolvente. Mas isso não impedirá que o trabalhador, podendo este vir a sofrer diversas alterações no seu contrato, não vir ser ressarcido pelos danos daí decorrentes conforme o n.º 9 do art.º 64.º da *Ley Concursal* e art.º 41.º do *Estatuto de los Trabajadores*.

As compensações a um trabalhador ordinário/comum nos casos relativos às modificações ao contrato acima referidas contemplam uma indemnização de 20 dias por cada ano de serviço conforme art.º referido anteriormente e iremos verificar novamente adiante.

Conferindo o n.º 1 do art.º 64.º da Ley Concursal - *possibilidade de suspensão do contrato de trabalho* - sobre isto trata nos termos da lei comum, relativamente ao art.º 47º dos “*Estatutos de los Trabajadores*” que remete ao despedimento coletivo, à contrario, e ao art.º 51º dos mesmos Estatutos que dá a entender que a forma de funcionamento de ambas é igual, contudo alguns autores indicam que seja interpretado à contrario quando se trate da suspensão, conforme IGNÁCIO GARCÍA-PERROTE ESCARTIN ¹³¹.

Já nos casos de extinção de contratos verifica-se que em relação às soluções apresentadas pelo regime português o regime espanhol simplificou essa matéria. Enquanto que no regime português temos doutrina diversa a dar várias soluções, não existindo harmonia relativamente a forma de resolver o contrato, em Espanha existe unicamente a possibilidade do despedimento coletivo.

¹³¹ ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote, em *Comentários a la Legislación Concursal, orientação de Juan Sánchez Calero e Vicente Guillarte Gutierrez*, 2004, Lex Nova Editorial, p. 1200.

Pese embora, só se possa considerar despedimento coletivo quando atinja 10% da empresa em questão conforme art.º 51.º dos *Estatutos de los Trabajadores* existe ainda a possibilidade de exceção quando não verifique esta percentagem de aplicação do art.º 52.º dos mesmos estatutos nos quais aplica a figura de despedimento objetivo por motivo económico - extinção individual do contrato.

JESUS MERCADER e MARIA TERESA ALAMESA¹³² consideram ainda que, mesmo tendo em conta a situação económica da empresa, deverá sempre considerar-se a sua recuperação pelo que deverá aplicar-se “a priori” a suspensão, deixando o recurso ao despedimento para ultima instância e só para os casos em que a situação da empresa seja um facto constatado como irreversível, por forma a fundamentar e a justificar cabalmente um despedimento.

A esse respeito, o n.º 4 do artigos 64.º da Ley Concursal, o n.º 1 do art.º 41º e n.º 2 do art.º 47.º dos “*Estatutos de los Trabajadores*” pressupõem que toda a alteração tem sempre como objetivo ou fundamento a manutenção e a viabilidade da empresa e do emprego. Nestas circunstâncias, qualquer outro fundamento já não seria suficientemente válido a não ser que o encerramento do estabelecimento fosse equacionado de forma inequívoca.

Existe uma última possibilidade, ou seja, quando haja necessidade dos trabalhadores, ou por via da sua representação, requererem ao juiz a adoção de medidas com carácter necessário ou voluntário do concurso e não sendo os administradores a fazer o pedido, mas sim, outros interessados, os trabalhadores têm que saber que de acordo com as necessidades de decisão do juiz no próprio caso quaisquer alterações por eles pedidas poderão afetar os seus interesses.

Relativamente a isso JESUS MERCADER e MARIA TERESA ALAMESA¹³³ afirmam estabelecer o n.º 2 do art.º 64.º Ley Concursal que os trabalhadores, através de representação legal - *sensu contrario*, *que lhes nega a legitimação direta* - podem solicitar aquelas mesmas. No entanto não podem esquecer que alterações ou outras medidas poderão originar uma situação de desemprego, ou mesmo a que futuramente, e em última instância, possam fazer iniciar negociações com vista a serem atribuídas indemnizações.

¹³² JESUS MERCADER e MARIA TERESA ALAMESA, em *Comentários a la Legislación Concursal*, Tomo I, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora, p.1202.

¹³³ JESUS MERCADER e MARIA TERESA ALAMESA, em *Comentários a la Legislación Concursal*, Tomo I, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora, p. 1205

Temos que atender também ao disposto do n.º 9 do art.º 51.º da Ley Concursal, tendo em conta que em todas as situações em que lidamos com este tipo de alterações ao contrato de trabalho, as mesmas ocorrem apenas quando o dano for impossível ou de difícil reparação.

Outra solução interessante decorre do art.º seguinte da Ley Concursal, refiro-me ao art.º 65.º que trata apenas do despedimento de trabalhadores que desempenhem altos cargos, considerando o mesmo interessante uma vez que estabelece a distinção entre um trabalhador comum e outros trabalhadores que tenham especial relevância em cargos de direção e que não devam ser tratados da mesma maneira.

O trabalhador comum é aquele que executa funções que são coordenadas por pessoas que têm cargos superiores, enquanto que o trabalhador que detém um alto cargo é uma das pessoas que coordena, executa ou desempenha funções de gestão na empresa, que tem um interesse no sucesso da mesma, e que obtém proveitos económicos decorrentes do lucro que a mesma aufera.

Os trabalhadores que desempenham altos cargos, no regime espanhol, estão excluídos do *Estatuto Del Trabajador*, isto porque há um entendimento de que o trabalhador que desempenhe essas funções exerce poderes de titularidade jurídica sobre a empresa, sendo por isso abrangido pelo regulado no disposto no n.ºs 1 e no n.º2 do art.º 9.º do Real Decreto Legislativo 1382/1985, de 1 de agosto.

Para além disto, os contratos de trabalho de *altos cargos* revestem-se de uma forma especial não tendo qualquer indicação quanto ao seu termo, ou seja, têm uma duração indefinida.

Claro que isto é válido quando a empresa não se encontra em sérias dificuldades e tem liquidez para manter a sua atividade inalterada, o que não é o caso ora em análise. Temos assim que verificar o que sucede a uma empresa quando exista a necessidade de efetuar profundas alterações, de forma a que se possa voltar a ter liquidez necessária para recuperar de uma situação de possível e iminente ruptura.

Neste caso, depois de já termos demonstrado como opera o despedimento de trabalhadores comuns, o art.º 65.º da Ley Concursal abrange apenas os *altos cargos* e prevê que esta matéria não seja da exclusiva competência do juiz, como se verifica no caso dos trabalhadores comuns. Pode assim esta competência ser também da administração da empresa que pode executar o seu despedimento sem

necessidade de autorização do juiz. No entanto, a administração da empresa para assim proceder, obriga-se a efectuar um pré-aviso aos visados com um mês de antecedência.

Sendo os despedimentos de altos cargos fundamentados no facto da base remuneratória ser demasiado elevada, este acto gestão representaria um benefício para o interesse da própria massa da empresa. Considerando que, regra geral, os elementos directivos auferem mais que um funcionário comum, a resolução destes contratos seria sempre um fator a ponderar.

No que se respeita a questões indemnizatórias após despedimento, existem também diferenças entre funcionários comuns e os que desempenham funções de alto cargo. Ora vejamos:

Os trabalhadores que desempenham altos cargos auferem, regra geral, melhores retribuições ao longo do tempo em que se encontram vinculados à empresa. Assim, entende-se que por terem obtido melhores condições, estão limitados ao valor de 7 dias multiplicados pelo número de anos que trabalharam ($7 \text{ dias} \times Y = Z$), com um teto máximo de 6 meses, cujo valor é recebido em prestações. Contudo, tem havido despachos de juízes autorizando que este valor seja aumentado, contabilizando-se 20 dias multiplicados pelo número de anos que trabalharam, durante um período de 12 meses, ($20 \text{ dias} \times Y = Z$).

Comparativamente, o trabalhador comum terá direito a um montante indemnizatório correspondente a 20 dias multiplicados pelo número de anos de trabalho, durante um período de 12 meses ($20 \text{ dias} \times Y = Z$). Isto corresponde à fórmula excecional utilizada em alguns casos por juízes, relativamente a altos cargos conforme referido no parágrafo anterior. Isto porque, fazendo-se um juízo de prognose, entende-se que o trabalhador comum terá futuramente menos probabilidades de se re-integrar no mercado de trabalho. Entende-se que um trabalhador comum, em comparação com um alto cargo, terá mais dificuldades económico financeiras, permanecendo numa situação de desemprego com mais facilidade. Assim, este facto é tido em consideração no cálculo da sua indemnização que definirá um valor tendo em conta o teto máximo de dias que é previsto legalmente.

Conclui-se, da análise ao direito espanhol relativo ao despedimento de trabalhadores, que o direito português adquiriria maior clareza se adaptasse algumas das suas normas existentes nesta matéria mais próximas do direito espanhol.

4. Faculdade de contratar novos trabalhadores

Ainda que o tema objeto desta dissertação verse sobre o despedimento de trabalhadores por parte do administrador de insolvência, é relevante verificar se o mesmo pode, ou não, proceder à contratação de novos trabalhadores numa situação de insolvência. Isto porque existe divergência doutrinária e entendimento de que a contratação lhe é vedada, após ter procedido de despedimento de trabalhadores.

O administrador de insolvência, por força do art. 55.º nº4 do CIRE¹³⁴ tem a capacidade de contratar a termo certo ou incerto, trabalhadores que sejam necessários à liquidação da massa insolvente ou à continuação da actividade e laboração da empresa. Porém, os contratos desses trabalhadores caducam no momento do encerramento definitivo do estabelecimento, ou no momento da sua transmissão.

Há que ter em conta que a transmissão de uma empresa na sua totalidade a terceiros, não tem como efeito automático a caducidade dos contratos de trabalho. Essa transmissão de propriedade tem como efeito a incorporação dos contratos numa empresa da entidade adquirente.

Antes de iniciar esta análise importa referir que nos encontramos numa situação em que um ou vários trabalhadores foram dispensados e que, neste momento, pode questionar-se a possibilidade do administrador de insolvência vir a substituir estes por outros trabalhadores.

Atendendo à legislação do Código de Trabalho verifica-se a impossibilidade de recorrer à contratação de novo trabalhador para um posto de trabalho que foi extinto e, ao mesmo tempo, de também contratar novos trabalhadores para substituírem aqueles que foram alvo de despedimento coletivo¹³⁵.

¹³⁴ CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, em Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, 3ª Ed, nota 15, p. 332 - Expressam que o administrador de insolvência tem poderes no despedimento contudo indicam que as dúvidas existentes quanto à caducidade dos contratos de trabalho cessa quando se verifica o encerramento definitivo do estabelecimento onde é prestado o serviço, com a transmissão da empresa a terceiros ou dependendo do que esteja convencionado no próprio contrato inicial.

¹³⁵ De acordo com o art.º 347º, nº2 do Código do Trabalho, em caso de ter havido um despedimento coletivo é frustrada qualquer possibilidade de o administrador de insolvência poder realizar novos contratos, nem mesmo que seja a título provisório, tendo em conta também art. 55/4 do CIRE.

EDUARDA PROENÇA¹³⁶ e JOANA VASCONCELOS¹³⁷ invocam o art.º 55.º n.º4 do CIRE e defendem que o administrador de insolvência não pode recorrer à contratação de novos trabalhadores, ainda que seja por um espaço curto de tempo, após ter procedido ao despedimento de trabalhadores indispensáveis, cfr. 347.º n.º2 do Código do Trabalho.

CARVALHO FERNANDES¹³⁸ defende que pode haver contratação de novos trabalhadores para efetuar atos de liquidação, sem necessidade do insolvente ter uma empresa ou estabelecimento, indicando que o art.º 55.º n.º 4 do CIRE é apenas uma “*restrição do alcance de um dos fins em que o preceito legitima a contratação a termo na mesma em que liga a cessação do contrato ao destino dos estabelecimentos da empresa insolvente*”.

Já LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO¹³⁹, concorda que o administrador de insolvência pode, efetivamente, proceder a novas contratações para a continuação da exploração da empresa, podendo apenas ser contratados a termo certo ou incerto, tendo enquadramento no art.º 140.º n.º 2 al. g) e n.º 3 do Código do Trabalho. Diz ainda que não existe um impedimento direto para que o administrador de insolvência¹⁴⁰ não possa contratar, mas deve, no entanto, atender a diversas regras quando o faz.

Em relação ao art.º 55.º do CIRE, LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO considera que o mesmo apenas determina o destino dos contratos de trabalho quando se verifique ocorrer o encerramento definitivo do estabelecimento, ou no momento da sua transmissão.

¹³⁶ PROENÇA, Eduarda, em *As consequências da Insolvência do Empregador nos Contratos de Trabalho*, Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto, Orientação: Dr.ª Maria do Rosário Epifânio, 2013.

¹³⁷ VASCONCELOS, Joana, em *Insolvência do Empregador, Destino da Empresa e Destino dos Contratos de Trabalho*, VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2005, p. 1104.

¹³⁸ CARVALHO FERNANDES, Luís A., em *Estudos sobre a Insolvência, Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2009, p. 232.

¹³⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, em *Direito da Insolvência*, 6ª ed. p. 190

¹⁴⁰ De acordo com o art.º 54 do CIRE, pode o administrador de insolvência contratar novos funcionários atendendo a necessidade de exploração da empresa. Esta contratação tem também um horizonte temporal e deve ser utilizada, excepcionalmente, quando os trabalhadores da empresa são insuficientes.

Neste caso, defende o autor, não se tratar de uma substituição direta de trabalhadores, mas sim, de colocação de trabalhadores competentes para postos específicos que possam ajudar na reestruturação da empresa, de forma a que esta seja bem sucedida.

Tendo em conta que o insolvente nem sempre fica com a gestão da empresa e que, regra geral, o mesmo é afastado desta, seria de considerar proceder à sua substituição por um gestor qualificado. Há que ter em conta que os conhecimentos do administrador de insolvência podem não ser os mais adequados para gerir uma empresa ou tomar decisões que façam a mesma prosperar e sair da situação económica difícil.

Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁴¹ opina que a empresa deverá depender dos trabalhadores existentes e das suas respetivas qualificações. Alerta ainda que o administrador de insolvência, a concretizar estas contratações, deverá indicar na insolvência o contexto em que as mesmas surgem.

O administrador de insolvência poderia portanto ter a possibilidade de criar novas funções e/ou postos de trabalho, após a sua análise da situação económica. Poderia considerar-se esta uma solução, caso a empresa não estivesse a conseguir melhorar a sua rentabilidade, devido a não ter funções ou trabalhadores adequados para as necessidades da operação. Esta solução deveria ocorrer, mesmo que a promoção de despedimento coletivo de trabalhadores já tivesse tido lugar.

Esta consideração poderá sugerir uma desconformidade com os ideais que temos transmitido em todo o trabalho, e é contrária ao entendimento de que gerar que mais custos pode ser prejudicial à empresa que, já por si, se encontra numa situação de rutura. Contudo, a manutenção de trabalhadores menos qualificados pode, eventualmente, gerar mais prejuízo do que ganho, e uma redução do número de trabalhadores pode, de alguma forma, significar uma diminuição da produção, pelo que a recuperação da rentabilidade seria mais demorada. Tempo que a empresa pode não ter para conseguir recuperar a sua viabilidade económica.

Não se pretende, ainda assim, transmitir a ideia de que a redução de custos do trabalho através de despedimento de trabalhadores não é necessária nesta situação. Pretende-se, isso sim, alvitrar

¹⁴¹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, em *Aspetos Laborais da Insolvência, Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, em Estudos em Memória do Professor José Dias Marques, 2007, pps. 695-696.

a hipótese de, em algumas circunstâncias, dotar a empresa de trabalhadores adequados para superar as dificuldades, uma vez que nem sempre isto é possível, uma vez que trabalhadores essenciais poderão já não fazer parte dos seus quadros.

Muitas vezes os trabalhadores permanecem na empresa e, embora possam ter sido considerados indispensáveis, podem não corresponder às necessidades, concretas e do momento porque, tendo adquirido rotinas de trabalho durante anos, poderão agora ter dificuldade em absorver alterações de métodos, na sequência da reestruturação. Também o facto de os trabalhadores considerados adequados terem podido desenvolver alguns vícios de desempenho, poderá dificultar a sua integração em novos métodos de trabalho. Não se conseguindo obter bons resultados na formação necessária ao novo paradigma, o administrador de insolvência ver-se-á obrigado a substituir os trabalhadores que não conseguem acompanhar a dinâmica da reestruturação.

Há que ter sempre em conta que o administrador de insolvência deverá tomar as decisões que considera necessárias para regularizar a situação de insolvência iminente. Pelo que, vedar ao mesmo o recurso à contratação de novos trabalhadores, significaria vedar toda e qualquer possibilidade de sucesso da reestruturação. Isso reforça o entendimento sobre a necessidade do administrador de insolvência poder contratar novos trabalhadores, ainda que tenha havido um despedimento colectivo.

As questões sobre esta temática colocam-se também devido ao facto de não existir base legal clara e taxativa, dando origem a divergências doutrinárias nas quais é possível encontrar soluções variadas para o mesmo problema. Mas, não se encontrando uma solução concreta, seria importante que estas questões fossem, num futuro próximo, de novo analisadas e incorporadas ao enunciado normativo. Tal traria mais clareza à atuação do administrador de insolvência evitando assim divergências e até mesmo tentativas frustradas de responsabilização da atuação do administrador.

Em última análise, e tendo em conta o pior cenário, o administrador de insolvência, mesmo após um despedimento coletivo, não pode ser impedido de realizar novas contratações de trabalhadores que se ocupem dos trâmites da liquidação da massa insolvente, cfr. Art. 55.º do CIRE. Não seria razoável que os trabalhadores do quadro de uma empresa se ocupassem da sua liquidação, não só porque poderão não ter conhecimentos nem qualificações para tal tarefa, como não terão interes-

se subjectivo na mesma. Assim, revela-se a necessidade do administrador de insolvência contratar trabalhadores no contexto da liquidação.

5. Medidas laborais em sede de pré-insolvência

Após verificarmos em que termos pode o administrador de insolvência agir quanto a despedimentos de trabalhadores, em sede de insolvência, é também relevante verificar o que pode ser feito em situações de pré-insolvência. Consideramos uma situação de pré-insolvência sempre que uma empresa se encontre em situação económica difícil ou quando esteja em situação de insolvência iminente. No entanto pode existir a possibilidade da sua reestruturação ou de optar por alguns dos mecanismos existentes para recuperar e viabilizar novamente a mesma.

Os mecanismos normativos existentes que permitem a recuperação de empresas são o Processo Especial de Revitalização (PER), previsto no art.º 17.º do CIRE, o Processo Especial para Acordo de Pagamentos (PEAP), previsto no art.º 222.º-A do CIRE e o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), Lei 8/2018 de 2 de março.

Estes mecanismos servem em concreto para tentar viabilizar a possibilidade de acordos de pagamento com credores e a suspensão da própria insolvência, permitindo a possibilidade de recuperação eficaz da empresa em dificuldades.

Caso não existissem estas soluções normativas, quer no que se refere a nível de acordos de pagamentos, quer no que se refere à suspensão do início de um processo de insolvência, seria muito difícil para qualquer empresa nessa situação a viabilidade de uma recuperação.

Isto tendo em conta que devido a sua ausência de liquidez, se não houvesse lugar a acordos de pagamento ou de recuperação, seria de esperar que permanecesse em situação de insolvência iminente e em contínua situação de deterioração. Pelo que, a meu ver, considero ser a existência destes mecanismos, de extrema importância.

O bom funcionamento destes mecanismos poderá reconduzir, eficazmente, a empresa à sua recuperação e, principalmente através da retoma da liquidez. Isso sempre na perspectiva de que venha a regularizar as suas obrigações em situação de incumprimento e, através destes mecanismos, possa regularizar pagamentos de forma menos gravosa e parceladas.

Por outro lado, a suspensão do processo de insolvência trará a principal vantagem de afastar, num primeiro momento, a opção de encerramento definitivo do estabelecimento o que pode, assim, dar a esperança de que seja possível assim a sua recuperação.

Este sentimento de esperança serve tanto ao insolvente como aos seus credores. Ao optar a empresa por qualquer mecanismo de pré-insolvência isso significa a existência de intenção de resolver as suas dificuldades e de procurar um meio para fazer face às suas obrigações. Enquanto que partindo diretamente para uma situação de insolvência, estariam a considerar que situação da empresa estaria num estado demasiado gravoso devido ao qual a massa insolvente poderia já não ser suficiente para ressarcir a totalidade das devidas aos seus credores.

Por último, e no ponto de vista dos trabalhadores estes mecanismos constituirão uma possibilidade de manterem os seus postos de trabalho e não serem confrontados com uma possível situação de desemprego.

É meu entendimento que qualquer mecanismo de pré-insolvência será sempre melhor alternativa à insolvência e ao possível encerramento definitivo do estabelecimento desde que não se considere logo de início que possa prejudicar a situação atual da empresa.

Parece-me obvio que havendo a possibilidade de manter a empresa a laborar deverá isso ser levado em conta como verdadeira alternativa a situações prejudiciais para os trabalhadores, através do seu despedimento e outros credores.

Pragmaticamente, considero que a pré-insolvência será a uma última réstia de esperança para todos os envolvidos. Por isso devem todos os interessados, sejam o insolvente, sejam os seus credores, neles inclui os trabalhadores, concentrar todos os seus esforços para chegarem a acordo entre as partes tendente à recuperação da empresa.

Por isso, e para melhor entendimento destes mecanismos, será importante analisá-los de forma a perceber-se quais os seus objetivos, em que diferem e quais os efeitos que aportam à solução dos problemas que afectam a empresa.

5.1 Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

O Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas encontra-se previsto na Lei 8/2018, e visa, em primeiro lugar, a obtenção de um acordo de reestruturação entre o devedor e os seus credores e, em segundo lugar, evitar a possível situação de insolvência da empresa.

Este acordo de reestruturação baseia-se na negociação entre as partes, na qual a participação das partes é voluntária, i.e. apenas concorrem a estes mecanismos todos aqueles que visem encontrar um acordo de reestruturação com vista no pagamento futuro dos valores em dívida.

Neste mecanismo, a pessoa que tem a função de mediação de todas as negociações é o mediador de recuperação de empresas, presente na Lei 6/2018, de 22 de março. O mesmo está incumbido de prestar assistência a uma empresa devedora que se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência. O mediador deverá conduzir as negociações até ser possível a obtenção de acordo extrajudicial para recuperação da empresa.

Neste sentido, deve o mediador agir, tal como acontece com o administrador de insolvência, como gestor diligente e usar de conduta adequada e, em todo momento, imparcial. De forma alguma podem os atos praticados pelo mediador apresentar-se vantajosos, para si ou para terceiros, tendo sempre em superior consideração os interesses inerentes à recuperação da empresa

No RERE, ao contrário do que sucede na insolvência, todos os credores são tratados de forma equitativa, garantindo assim a transparência e o equilíbrio do processo.

Para que se dê início ao RERE é necessário que o devedor e os credores, que voluntariamente concordaram em participar neste mecanismo, assinem um protocolo de negociação e promovam o seu depósito na Conservatória do Registo Comercial. Do protocolo constarão todas as alterações realizadas a nível da sua composição, as condições acordadas e a estrutura do balanço do devedor, considerando as estruturas do passivo e do ativo.

Espera-se sempre que as alterações promovidas pela reestruturação duma empresa consigam alcançar o objetivo da sua sobrevivência. Pode no entanto acontecer, que tal ensejo se verifique apenas parcialmente, caso a situação da mesma se encontre já demasiado degradada.

Ao nível do acordo pode suceder que, em sede do mesmo, seja negociada a venda de ativos da empresa, ou de parte da sua atividade, para que seja possível viabilizar a reestruturação da mesma, sendo que, necessariamente, é prevista a reestruturação do passivo da empresa.

Nesta proposta é também analisada a prorrogação de prazos de pagamento, a redução de juros, o perdão de parte das dívidas, a venda de participações sociais da empresa ou, até, a apresentação de um novo modelo de negócio que possa vir a ser eficaz.

Com estas medidas espera-se que a empresa possa voltar ao caminho da liquidez. Passemos agora à apresentação e análise das várias opções que poderão ser apresentadas na proposta:

- A prorrogação dos prazos de pagamento - é dado ao devedor um tempo suplementar para que as dívidas venham a ser pagas, em prestações, o que não acontecia antes. Esta medida não significa que o devedor cumpra de imediato as prestações em atraso, mas sim que lhe confere um tempo mais alargado tendo em conta recuperação da mesma;

- A redução de taxas de juros será um dos acordos mais interessantes para o devedor. Com ela, a situação económica do devedor não será continuamente agravada pela acumulação de juros muito elevados. Não tendo o devedor liquidez suficiente, em determinado momento, para cumprir pontualmente as suas obrigações, ainda mais difícil seria se o valor acumulado dos juros das mesmas aumentasse continuamente. Por isso, se não houvesse uma redução da taxa de juros, ou mesmo, se houvesse lugar a uma moratória, a situação tornar-se-ia ainda mais gravosa de dia para dia e impediria qualquer possibilidade de pagamento do devedor. É por este motivo que esta é uma das medidas mais relevantes no sentido de dar uma nova oportunidade ao devedor de efectuar os seus pagamentos, ainda que com prorrogação dos prazos;

- O perdão de parte das dívidas não será a medida mais usual, isto porque todos os credores têm interesse na satisfação integral dos seus créditos. Logo, será difícil depararmo-nos com situações em que os credores abram mão dos créditos ou direitos e avalizem um perdão da dívida. Contudo, isso não é de todo impossível, sendo uma possibilidade do credor;

- A transmissão de participações sociais, a título oneroso, que aumentará o capital da empresa, trará uma maior segurança na boa consecução do processo em curso. A introdução de nova dinâmica e processos de trabalho, por entidade ou entidades com capacidade organizativa e finan-

ceira certamente muito influirá nos resultados da reestruturação. Esta poderá ser uma das medidas mais céleres para recuperação ou aumento liquidez. Obviamente, dá poderes a todos aqueles que adquiram participações sociais, permitindo-lhes fazer parte dos quadros de decisão e ter uma participação ativa no que respeita ao funcionamento da empresa;

- Um novo modelo de negócio será outra medida que se pode assemelhar a um plano de reestruturação, conforme parametrização do plano de insolvência, que pretende entender o motivo pelo qual a empresa chegou a esse ponto, de forma a poder recuperá-la, removendo todos obstáculos. Assim, é de considerar que o objetivo principal desta opção é a recuperação total ou parcial da empresa, conduzindo a sua operação de modo a chegar a resultados positivos e tidos como expectáveis.

Veremos agora que estas medidas podem provocar efeitos a nível dos trabalhadores da empresa. Estes efeitos podem ser mais perceptíveis no caso do novo modelo de negócio. Há que ter em consideração que, quando uma empresa se encontra sérias dificuldades e recorre à insolvência, ou ao mecanismo do RERE, a mesma procura soluções que possam ser consideradas eficazes com vista à sua recuperação e pode uma destas medidas ser a alteração do quadro de trabalhadores, o que colocará em risco alguns contratos de trabalho.

Ainda assim, um novo modelo de negócio não implica, necessariamente, a colocação de contratos de trabalho em risco. No entanto, caso isso se viesse a verificar, os despedimentos seriam promovidos pela administração da empresa, obedecendo às normas que regulam o despedimento constantes no Código do Trabalho. Não seria, assim, uma competência do mediador judicial nomeado para a empresa. As grandes diferenças que podemos encontrar quanto às competências acima referidas, devem-se apenas ao facto de não haver um pedido de insolvência, pelo que se afastam todos os preceitos legais, tais como o artigo 347.º do Código do Trabalho.

5.2 Processo Especial de Recuperação (PER)

O PER, previsto no art.º 17.º-A do CIRE, é um processo segundo o qual as empresas em situação económica difícil, ou em situação de insolvência iminente, podem recorrer como alternativa à Insolvência. Este tem como desiderato o estabelecimento de negociações com os credores e a rea-

lização de um plano de reestruturação empresarial que viabilize uma qualquer possibilidade de manutenção da empresa no mercado.

Durante o decurso do PER é garantido à empresa a proteção da sua capacidade produtiva, a manutenção dos postos de trabalho, e a suspensão de cobranças coercivas de créditos. Pelo que, dentro dos mecanismos existentes, é uma solução de reestruturação empresarial a considerar, jten-do em conta que procura encontrar soluções, sem prejudicar a operação da empresa durante as negociações.

O Processo Especial de Revitalização inicia-se através de declaração escrita e comunicada ao IAPMEI pelo devedor e, pelo menos, um credor, em que se manifesta a vontade de negociar a revitalização da empresa. Contudo, necessariamente, convidam-se todos os outros credores a juntarem-se ao processo, a todo o tempo em que decorrerem as negociações.

Neste mecanismo, o devedor usufrui da vantagem de poder ser ele próprio a negociar diretamente com os seus credores e, com a sua ajuda, definir um novo plano, aprovado por todos os que decidirem entrar nas negociações. Tem também a vantagem de suspender a cobrança coerciva dos créditos e, também, do próprio processo de insolvência que possa, entretanto, ter sido iniciado, pelo que durante o seu decurso, o devedor não será surpreendido com qualquer execução do seu património. Pode acontecer que o juiz considere a relevância de se proceder à nomeação de um mediador de recuperação de empresas, de acordo com o disposto no art.º 17.º-E n.º 2 do CIRE. Neste caso, os administradores continuam à frente da empresa, contrariamente ao que sucede durante a insolvência, pelo que todas as decisões que venham a ser tomadas e que sejam consideradas relevantes carecem da aceitação do administrador judicial provisório.

Os mediadores são profissionais da economia e/ou da gestão empresarial, com experiência em recuperação de empresas, e têm de estar certificados junto do IAPMEI. É uma figura que surgiu com a alteração do código em 2017 e substituiu o administrador judicial provisório, equivalente a um administrador de insolvência provisório.

Contudo, os prazos do PER não são muito extensos. as negociações podem durar dois meses, podendo ser prorrogadas por mais um mês, e têm de ser aceites por um mínimo de dois terços dos credores. Isto tudo necessário para que o plano e a lista dos créditos seja homologada pelo juiz.

É assim relevante a possível falta de conhecimentos por parte do administrador de insolvência relativamente à reestruturação de uma empresa. A própria alteração do PER acabou por revelar a existência dessa preocupação por parte do legislador, pese embora não a tenha alargado ao processo de insolvência.

O PER ao exigir que o mediador tenha de ser qualificado nas áreas de economia e gestão, e ainda com experiência na recuperação de empresas, certifica que o mesmo estará devidamente preparado para decidir sobre a implementação de mudanças necessárias à reestruturação, o que não deixa de ser uma mudança decisiva para a eficácia deste mecanismo.

Com efeito, ao transferir as competências do administrador, que podia não ter conhecimentos naquelas áreas, para a figura do mediador, afigura-se como uma medida necessária num momento pré-insolvencial.

Ainda em sede de contratos de trabalho, o PER não contempla a intenção de proceder ao despedimento de trabalhadores, pelo que não é um mecanismo que provoque grandes efeitos nos contratos de trabalho. Neste sentido, não decorrem grandes preocupações a não ser que o PER venha a culminar num processo de insolvência, frustrando-se assim as medidas de pré insolvência.

Existe no entanto a possibilidade de se vir a decidir pelo despedimento de trabalhadores, como consequência da necessidade de promover alterações na empresa, para cumprimento dos acordos. Contudo, havendo essa necessidade, terá que obedecer-se às regras gerais sobre o despedimento, presentes no Código do Trabalho. É importante mencionar que estes despedimentos não são um efeito direto produzido pelo PER, ainda que possam surgir no seu contexto.

Com as alterações realizadas ao PER, este tornou-se um mecanismo de confiança e aquele a que o devedor deverá recorrer, sempre que possível, antes de chegar a uma situação de insolvência efetiva, ainda que o legislador pudesse realizar também alterações ao processo de insolvência mostrando o mesmo cuidado que revelou no PER.

5.3 Processo Especial para Acordo de Pagamentos (PEAP)

O Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP), é uma alternativa ao PER e, como o nome indica, tem como único objetivo a negociação entre devedor e credores, com vista à obtenção de um plano de pagamentos para as dívidas contabilizadas no momento.

Este processo é apenas reservado a empresas em situação económica difícil, contendo vantagens ao nível de suspensão de ações de cobrança coerciva das dívidas e da suspensão de prazos para a prescrição e caducidade, oponíveis pelo devedor, durante o tempo que durem estas negociações.

O funcionamento do PEAP é idêntico ao PER, afastando apenas o plano de revitalização, o que simplifica alguns aspetos do PER. Este mecanismo inicia-se com uma declaração de interesse entre o devedor e pelo menos um credor, e é enviado ao Tribunal, sendo a duração máxima das suas negociações de dois meses.

Iniciando-se o PEAP, procede-se à nomeação de um administrador judicial provisório que ficará encarregue das negociações e será o responsável nas decisões sobre atos de especial relevo. O devedor fica inibido de realizar negócios relevantes e de decidir, também, em matérias consideradas muito importantes, para evitar possíveis agravamentos da situação económica da empresa.

Em suma, este é um mecanismo cujo único objetivo é traçar um plano de pagamentos. O mesmo não provoca quaisquer efeitos nos contratos de trabalho, por não contemplar a existência de um plano de reestruturação ou de alterações na empresa, advindas deste procedimento.

6. Fundo de Garantia Salarial (FGS)

O Fundo de Garantia Salarial (FGS) tem por finalidade assegurar o pagamento aos trabalhadores de créditos resultantes do contrato de trabalho, quer estes decorram de incumprimentos ou da sua cessação. O FGS pode ser acionado quando as entidades empregadoras não conseguem realizar pagamentos, por se encontrarem em situação de insolvência, ou em situação económica difícil.

O FGS terá de ser solicitado à Segurança Social (SS) pelo trabalhador com uma relação de trabalho subordinado, no prazo de um ano a contar da data em que cessou o seu contrato de trabalho e sempre que a empresa não tenha saldado a dívida para com este. Esta pode ter como origem

retribuições mensais, subsídios de férias e Natal ou alimentação; como também a indenizações ou compensações por cessação do contrato de trabalho.

O Fundo de Garantia Salarial garante os pagamentos que deveriam ter sido feitos ao trabalhador pela entidade empregadora nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência, PER ou RERE, cobrindo valores relativos às dívidas acima referidas, e tendo como teto máximo, mensal, calculado em três vezes o montante da retribuição mínima mensal garantida (RMMG) que se encontre em vigor à data em que a entidade empregadora devia ter efetuado o pagamento do salário. O FGS paga ao trabalhador um máximo de seis salários mensais. Assim, o limite global garantido é igual a dezoito vezes a retribuição mínima mensal garantida que está em vigor.

Sendo o trabalhador um dos credores no processo de insolvência, não podemos deixar de ter em consideração que, muito provavelmente, será um dos que ficará mais prejudicado durante todo o processo porque perde a remuneração mensal que tinha, até então, como garantida. Nessa perspectiva, seria de atender a que os valores que recebe do FGS são limitados e podem ser inferiores em relação aos valores que poderia obter mediante a indemnização resultante da extinção do seu contrato.

Por se considerar que o trabalhador é a parte mais prejudicada nas situações de insolvência, é-lhe concedido o privilégio de gozo creditório mobiliário, o qual lhe dá o direito de ser ressarcido enquanto credor privilegiado¹⁴², para poder proteger os seus direitos e interesses, antes de outros credores.

7. Transmissão da Empresa

Por último, existe também um meio alternativo à insolvência e ao próprio encerramento definitivo que é a opção da transmissão da empresa a terceiros:

A transmissão da empresa a terceiros, por norma, consiste na venda da mesma, e através da qual é alienado todo o património que esta possui, tais como estabelecimentos, contratos de trabalho, contratos com fornecedores, etc. Por outras palavras, é a alienação de todo o negócio nos moldes em que ele funciona no momento da sua transmissão.

¹⁴² Os trabalhadores gozam de um **privilégio creditório especial imobiliário** que incide sobre o imóvel da entidade empregadora onde o trabalhador realiza a sua atividade, que prevalece sobre qualquer outro crédito.

Neste sentido, encontramos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que teve por Relator ANA GERALDES, Proc. 357/13.3TTPDL.L1.S1, onde é possível ler-se *“I – Para se verificar a transmissão de uma empresa ou estabelecimento e, conseqüentemente, ter aplicação o regime jurídico previsto no art. 285.º, do Código do Trabalho de 2009, quanto aos seus efeitos, importa verificar se a transmissão operada tem por objeto uma unidade económica, organizada de modo estável, que mantenha a sua identidade e seja dotada de autonomia, com vista à prossecução de uma atividade económica, ou individualizada, na empresa transmissária. II – Não ocorre uma situação de transmissão de estabelecimento quando uma empresa deixa de prestar serviços de vigilância e segurança junto de determinado cliente, na sequência de adjudicação, por este, de tais serviços de vigilância a outra empresa, sem que se tivesse verificado a assunção de qualquer trabalhador da anterior empresa e tão pouco qualquer transferência de bens ou equipamentos de prossecução da atividade suscetível de consubstanciar uma “unidade económica” do estabelecimento.”*

No mesmo acórdão é ainda possível ler-se: *“Importará, ainda, ter presente o teor da Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, relativa à aproximação da legislação dos Estados Membros no que se refere à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, parte de empresas ou de estabelecimentos.”*

Mas existem exceções possíveis. Esta transmissão pode ser efectuada por parcelas e nela incluir-se apenas partes do negócio. Por exemplo, poderia ser acordada apenas a transmissão do estabelecimento físico, situação que não salvaguardaria qualquer contrato em vigência no momento da transmissão. No entanto, os valores resultantes desta transmissão passariam a fazer parte da massa insolvente.

Pelo que podemos verificar nesta situação de transmissão, ela poderá constituir uma alternativa positiva, dependendo dos moldes em que é feito o negócio e o que nele está incluído. Se a transmissão da empresa for efectuada na sua totalidade, em princípio, ficariam salvaguardados os contratos de trabalho afastando-se assim o risco dos trabalhadores entrarem numa situação de desemprego.

Contudo, é importante salientar que os trabalhadores não manteriam o mesmo contrato de trabalho. Manteriam a dependência enquanto trabalhadores subordinados, mas a entidade emprega-

dora seria diferente da inicial. Neste caso, os trabalhadores seriam consultados em momento anterior à transmissão do contrato.

Quanto à aceitação da transmissão do contrato de trabalho pelo trabalhador, encontramos o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. 644/13.0TTGMR.G1, o qual teve como Relator Alda Martins, onde é possível ler-se: *“I – A cessão da posição do empregador no contrato de trabalho, nos termos dos arts. 424.º e ss. do Código Civil, pressupõe três declarações de vontade: a proposta e a aceitação do cedente e do cessionário – suficientes para que se considere concluído o contrato – e o assentimento do trabalhador, que pode ser anterior ou posterior à cessão e é indispensável para que o contrato produza efeitos, sendo certo que referindo-se a um contrato de trabalho por tempo indeterminado podem se manifestar por qualquer forma.”*

É importante referir ainda, que há a necessidade de efetuar um novo contrato face a estas alterações nas partes, contudo é de esperar que se mantenham as condições laborais¹⁴³, podendo estas apenas ser alteradas caso sejam mais favoráveis para o trabalhador e este dê o seu assentimento nesse sentido.

A opção de transmissão após a situação de crise que se verificou em 2007, e que obrigou à insolvência e à procura de alternativas ao encerramento definitivo de grande número de empresas, foi sendo cada vez mais frequente, e é possível encontrar muitos casos em que estas transmissões lograram recuperar a situação de insolvência. Como consequência conseguiu também manter os trabalhadores ativos no mercado de trabalho, evitando-lhes assim a situação de desemprego.

Neste sentido, no mesmo acórdão, é possível ler-se: *“Quanto aos efeitos decorrentes da transmissão da titularidade de empresa ou estabelecimento, no que respeita às relações laborais existentes àquela data, tem sido entendido jurisprudencialmente que essa transmissão não afeta, em regra, a subsistência dos contratos de trabalho, nem o respetivo conteúdo, tudo se passando, em relação aos trabalhadores, como se a transmissão não tivesse tido lugar, mantendo-se inalteráveis os respetivos contratos de trabalho e assumindo o adquirente os direitos e obrigações emergentes dos contratos de trabalho celebrados com o anterior empregador.”*

¹⁴³ Considerando o princípio do tratamento do mais favorável, presente no direito do trabalho, não pode haver alterações que prejudiquem as condições iniciais que foram oferecidas ao trabalhador. Mesmo havendo uma transmissão dos contratos de trabalho, isto não implica que se possa transformar a posição do trabalhador numa situação precária e com perda dos direitos que o mesmo já tinha, de certa forma obtido durante a vigência do seu contrato.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que teve por Relator ANA GERALDES, Proc. 357/13.3TTPDL.L1.S1, é possível ler-se também: *“Assim, por força da transmissão, o adquirente fica investido na posição da entidade empregadora, relativamente aos contratos de trabalho dos trabalhadores afetos ao estabelecimento transmitido, na data da transmissão, o que implica a subsistência dos contratos de trabalho com o conteúdo que tenham, ou seja, a continuidade dos mesmos como se não tivesse ocorrido qualquer alteração do lado da entidade empregadora. A transferência dos contratos de trabalho com o mesmo conteúdo implicará para o adquirente a transferência do complexo de obrigações deles decorrentes, que caracterizavam a posição do transmitente, dando continuidade às situações dos trabalhadores”*

Este contexto é defendido por diversos autores tais como PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁴⁴ que diz: *“Transmitido o estabelecimento, o cessionário adquire a posição jurídica do empregador cedente, obrigando-se a cumprir os contratos de trabalho nos moldes até então vigentes. Isto implica não só o respeito do clausulado de tais negócios jurídicos, incluindo as alterações que se verificaram durante a sua execução, como de regras provenientes de usos, de regulamentos da empresa ou de instrumentos de regulamentação coletiva (...); no fundo, dir-se-á que a transmissão não opera alterações no conteúdo do contrato.”*

No mesmo sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁴⁵ afirma que *“O regime legal confirma a transmissão da posição jurídica do empregador que decorre do negócio transmissivo, como um caso de sub-rogação legal, já que o transmissário assume a posição negocial do transmitente junto da contraparte deste no contrato de trabalho, por imposição da lei e independentemente da vontade do outro contraente (no caso, o trabalhador).”*

Isto lembra-nos que, em muitos casos, o processo de insolvência que dispõe de pessoas qualificadas e com conhecimentos de recuperação de empresas, pode fazer a diferença entre o sucesso ou insucesso numa reestruturação.

Claro que temos de considerar que a contratação de pessoa com as qualificações adequadas para a tarefa poderá ter um custo elevado, e que a falta de liquidez torne essa contratação impraticável.

¹⁴⁴ ROMANO MARTINEZ, Pedro, em *Direito do Trabalho*, 5.^a Edição, 2010, Almedina, p. 833

¹⁴⁵ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, em *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 6.^a Edição, 2016, Coimbra, p. 644

Por último, caso o valor auferido com a venda de património ou e de uma transmissão seja suficiente para ressarcir todos os créditos, incluindo as custas e honorários com o processo de insolvência, será o remanescente entregue ao devedor, não querendo isto dizer que a transmissão tenha de ser realizada dentro da insolvência, podendo ser feita em qualquer momento da vida da empresa.

8. Conclusão

Concluindo, e respondendo às questões que colocadas no início, e que eram:

Em que circunstâncias pode o administrador de insolvência despedir os trabalhadores duma empresa? Quais os requisitos a que ele tem de obedecer para despedir os mesmos? Em que moldes funciona o despedimento por parte do administrador de insolvência? É necessário haver uma justa causa para realizar tal despedimento? E, por último, é lícito este despedimento por parte do administrador de insolvência?

É necessário ter em consideração que uma empresa em insolvência iminente ou insolvente, para poder regressar a níveis de rentabilização aceitáveis, necessita de realizar mudanças, pelo que poderá ser necessário que o administrador de insolvência tenha, por vezes, que decidir quanto aos contratos de trabalho.

Nesse sentido deve o administrador agir como um gestor diligente tendo sempre presente nas suas decisões os interesses da empresa e da massa insolvente. Não seria uma conduta responsável do administrador de insolvência prejudicar a situação de uma empresa em insolvência iminente. Seria impossível, de acordo com a legislação em vigor, que o administrador da insolvência constataste que a empresa poderia atingir a rentabilidade com menos trabalhadores e, mesmo assim, não promovesse o despedimento de trabalhadores, só para não causar situações de desemprego.

Essa hipótese levaria a um prejuízo bem maior na massa insolvente e, para além disso, caso a empresa de momento não tivesse dívidas para com os trabalhadores, poderia até implicar que a mesma contraísse dívidas com agentes que, até então, não eram credores.

Considerando isto, o administrador de insolvência é um dos órgãos mais importantes do processo e todas as decisões que o mesmo tome não devem prejudicar os credores e, bem assim, a

própria empresa. Se tal viesse a suceder o mesmo seria responsabilizado¹⁴⁶ pelos danos causados aos credores havendo até a possibilidade de ser responsabilizado criminalmente, nos casos de dolo.

No seguimento do que anteriormente se referiu, uma das decisões que o administrador de insolvência pode ter de tomar é relativa ao despedimento de trabalhadores o qual, como foi possível ver, pode fazer-se de duas formas: em primeiro lugar, com o encerramento definitivo do estabelecimento, em que ocorre a figura da caducidade do contrato; em segundo lugar, quando existe uma reestruturação empresarial e são dispensados trabalhadores considerados não essenciais para a rentabilização da empresa. Estes são dispensados pela figura do despedimento coletivo, com adaptações ao art.º 360.º do Código do Trabalho.

Para promover o despedimento dos trabalhadores, o administrador de insolvência não tem de obedecer ao cumprimento de requisitos específicos, desde que aja sempre com diligência. Existe aliás um entendimento doutrinário e jurisprudencial que vai no sentido de considerar que houve um descuido por parte do legislador ao escrever na letra da lei o que podia ser considerado como “adaptações ao art.º 360.º”.

Entende-se assim que existe uma lacuna legal e que se ficou aquém daquilo que se queria dizer, pelo que daí podem surgir inúmeras interpretações e nenhuma delas tem, de momento, uma resposta em concreto para esta problemática.

Afasta também questões como o despedimento por justa causa, isto porque o despedimento daqueles trabalhadores não ocorre por via de um comportamento determinado contra a empresa ou pela ausência de comportamentos necessários, i.e. , por parte do trabalhador. O despedimento ocorre pela inexistência de necessidade da manutenção daqueles trabalhadores na empresa devido à falta de liquidez, pelo que não se aplica neste caso o despedimento por justa causa. Podemos entender que é uma das adaptações ao art.º 360.º do Código do Trabalho e que o único fundamento necessário para cessar estes contratos é a própria insolvência.

Porém, pela boa conduta e pela boa gestão, deve o administrador de insolvência tomar decisões tendo principalmente em conta os interesses da empresa, da massa e dos credores, agindo com

¹⁴⁶ Nos artigos 19º e 20º do Estatutos do Administrador Judicial vem regulado o regime contraordenacional do administrador de insolvência, podendo ser imputável os danos causados quando se verifique que os danos ocorreram de situações com dolo ou negligência.

prudência quanto às decisões a tomar. O interesse principal não deve ser dispensar trabalhadores e colocá-los numa situação de desemprego, pelo que tal medida não deve, nem pode, ser tomada senão em caso de necessidade.

Desta forma é-nos possível afastar qualquer entendimento sobre uma eventual ilicitude no despedimento de trabalhadores por parte dos administradores de insolvência, visto que a própria lei lhe confere competências para agir em nome do insolvente e decidir a forma como deve reestruturar a empresa.

Noutro sentido, e considerando as reestruturações da empresa quanto à forma do seu funcionamento poderá o administrador de insolvência ter de informar antecipadamente os credores mas, relativamente aos contratos de trabalho o mesmo não necessita de qualquer autorização para promover despedimentos, ou mesmo resolver contratos de trabalho.

Será portanto necessária uma reformulação do enunciado normativo da lei, na qual o legislador expresse um entendimento concreto, afastando incertezas e possibilitando respostas, tal como acontecia nas leis anteriores ao CIRE.

Assim, houve um retrocesso quanto ao que foi expresso anteriormente e seria importante verificar, em termos de conteúdo, o que foi retirado nesta versão do CIRE e que podia, depois de corretamente analisado, ser de novo incorporado, por forma a criar consenso e a colocar termo a esta fase de incertezas e de discussões doutrinárias que não se pode afirmar como certas ou erradas, as soluções concretas dos casos, dada a não existência de uma base legal suficientemente sólida. Verifica-se que os vários entendimentos apresentam soluções diversas para o mesmo problema, mas que nenhum deles, pela simples análise do enunciado normativo, consegue ser a solução correta e definitiva para os casos em concretos.

Atendendo à solução encontrada pelo Regime Espanhol, seria possível melhorar o nosso e, possivelmente, simplificar todo o processo.

Por último, mas não menos importante, é necessário sublinhar que o administrador pode efetivamente proceder ao despedimento, pois tem legitimidade para recorrer a esse mecanismo mas que, ao mesmo tempo, deverá agir com prudência e ponderação na forma como o promove. Deverá refletir e ponderar, aconselhando-se com quem de direito, acerca das necessidades da empresa para atingir a rentabilização e prever os efeitos que poderá provocar mas, depois fazer tudo isto, não existe qualquer situação de ilegitimidade ou

mesmo de ilegalidade cometida pelo administrador de insolvência. E, desde que tenha sempre como desiderato na sua actuação os interesses do devedor, no sentido de não agravar a sua situação económica e dos credores para que possam ser ressarcidos dos valores em dívida, esta enquadrar-se-á dentro das previsões legais vigentes.

Bibliografia

CARVALHO, António Nunes de, *Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1995, n.º4;

CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência*, em *O Direito* 137º (2005), III; e *Manual de Direito comercial*, 2ª ed., Coimbra, Almeida, 2007

COSTEIRA, Joana, em *Os efeitos da declaração Judicial de Insolvência no Contrato de Trabalho, A Tutela dos Créditos Laborais*, 2017, 2ª Ed.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual do Direito da Insolvência*, 6ª ed. 2016

ESCARTÍN, Ignacio García-Perrote, em *Comentários a la Legislación Concursal, orientação de Juan Sánchez Calero e Vicente Guillarte Gutierrez*, 2004, Lex Nova Editorial,

FERNANDES, Luís A. Carvalho, em *Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas in RDES*, 1-2-3; e *Estudos sobre a Insolvência, Efeitos da Declaração da Insolvência no Contrato de Trabalho Segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2009; e *Aspetos Laborais da Insolvência, Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, em *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*

FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, em *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas*, vol. I; e *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*, 3ª Ed

FLÓREZ, Aurora Martinez, em *Comentários a la Legislación Concursal*, Tomo I, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora,

GOMES, Júlio Manuel Vieira, em *Direito do Trabalho*, Vol. I,

GOMES CANOTILHO, “*Constituição da República Anotada*”

LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *Direito da Insolvência*, 2015, 6ª Edição; *As repercussões da insolvência no contrato de trabalho*, 2006; *Direito do Trabalho*, 2014, 2ª e 4ª ed

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 2017, 8ª Ed; e *Apontamentos sobre a cessação do contrato de trabalho à luz do Código de Trabalho*,

MERCADER, Jesus e ALAMESA, Maria Teresa, em *Comentários a la Legislación Concursal, Tomo I*, dirigido por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Thomson Vivitas Editora

MENDOZA, María Gómez em *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II

MONTEIRO, Leonor Pizarro, *O Trabalhador e a Insolvência da Entidade Empregadora*,

OLIVEIRA, Sílvia Marina da Costa, *Dissertação em Ciências Jurídico-Empresariais*, com menção em *Direito Empresarial*, Sob a Orientação do Professor Doutor Ricardo Costa, Coimbra 2017

PROENÇA, Eduarda, em *As consequências da Insolvência do Empregador nos Contratos de Trabalho*, *Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto*, Orientação: Dr.ª Maria do Rosário Epifânio, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “*Aspectos Laborais da Insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*”; *Tratado de Direito do Trabalho; Tratado de Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, 6ª Edição, 2016, Coimbra

SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 2018,

VASCONCELOS, Joana em “*Insolvência do Entidade empregadora e Contrato de Trabalho*”; e *Insolvência do entidade empregadora e Contrato de Trabalho*, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. II*; e *Insolvência do Empregador; Destino da Empresa e Destino dos Contratos de Trabalho*, VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2005